Commentar

des

Neuen Würtembergischen

Pfand-Gesetzes

von

M. S. Mayer.

In zwei Theilen.

Erster Theil.

Stuttgart.
Druck und Verlag der J. B. Metzler'schen Buchhandlung.
1825.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Herrn

Ch. F. Klaiber,

Dr. der Philosophie, Professor am Königlichen Gymnasium in Stuttgart und Consistorial-Assessor,

seinem

Lehrer und Freunde

als

Zeichen von Dankbarkeit und Liebe

der Verfasser.

Inhalts-Anzeige.

Seite.

Einleitung 1

Begriff des Pfandrechts 22

a) dessen accessorische Natur 23

b) Pfandrecht an eigener Sache . . . 36

c) Untheilbarkeit 37

Geschichte des Pfandrechts:

a) nach dem römischen } Recht . . . 39

b) nach dem teutschen } Recht . . . 41

c) nach dem würtembergischen } Recht . . . 47

Unterpfand und Faustpfand:

a) Begriff derselben 48

b) Wesentliche Requisite des Unterpfands . 53

Gegenstand des Unterpfands:

a) unbewegliche Sachen an sich . . . 58

b) Zubehörungen 59

c) Rechte 66

I.) Veräusserlichkeit 77

II.) Verpfändung einer fremden Sache . . 85

III.) — — der Superficies und Emphyteuse . 101

IV.) — — von Lehen aller Art . . . 104

V.) — — von Fideicommissen . . . 126

VI.) — — von Colonat-Gütern . . . 128

VII.) — — der blosen Substanz . . . 129

VIII.) — — widerruflichen Eigenthums und anderer dinglichen Rechte 131

XI.) — — gemeinschaftlicher Sachen . . 163

Specialität der Sache 172

Bestimmtheit der Summe 187

Schätzung des Pfandes 208

Verhältniß des Pfandwerths zur Forderung . 217

Von Pfandrechts-Titeln überhaupt 222

a) durch Testament 237

b) durch Vertrag 238

c) durchs Gesetz 272

Seite

Von Erwerbung des Unterpfands 301

Von seinem Umfange:

a) hinsichtlich des Gegenstandes 326

b) hinsichtlich der Summe 326

Grundlage des Unterpfandwesens:

a) in Beziehung auf Eigenthum und dingliche Rechte 331

b) in Beziehung auf Oeffentlichkeit der verschiedenen Bücher 345

Sicherheit des Pfand-Gläubigers und des von ihm Erwerbenden:

a) gegen fremde, dinglichen Rechte . . . 350

b) gegen Verjährung 363

Von Vormerkungen und Verwahrungen:

a) bestrittener dinglicher und persönlicher Rechte 372

b) der Pfandrechts-Titel 383

c) wegen Cession und Faustpfands } . . 393

d) wegen Einreden }

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand . . . 407

Einleitung.

Der Entwurf eines neuen Pfandrechts, im Laufe des jüngsten Landtags den Ständen vorgelegt, und von ihnen mannigfach abgeändert, verbessert oder verschlimmert, hat nun endlich volle Gesetzeskraft erlangt.

Uns, die wir für jetzt bloß unternommen haben, dieses neue Pfandgesetz zu erklären, nach seinen Grundsätzen und ihren Folgen zu erforschen und zu erörtern, scheint hier kein Urtheil über dessen Güte und Werth zu gebühren. Es sind aber durch dasselbe alle frühere Normen des Pfandrechts sehr, bis in ihre tiefste Tiefe erschüttet worden. Daher bedürfen wir kaum einer Vertheidigung, wenn wir vor allen Dingen die Grundbestimmungen des alten und neuen Pfandrechts in allgemeinen Umrissen darzustellen und zu vergleichen suchen. Denn diese Vergleichung ist es, wodurch uns gleichsam mit einem Ueberblick die Einsicht in das neue Pfandsystem gewährt, und die starke Kluft bezeichnet wird, welche dasselbe von den bisherigen Ansichten und Regeln trennt.

Man hat sich von Seiten der Regierung wie der Stände viele Mühe gegeben, um die Noth-

wendigkeit einer durchgreifenden Umänderung der bisherigen Pfandgesetze darzuthun; man hat die Mängel dieser Gesetze mit einer gewissen Liebe aufgedeckt, und sich, wie eines schätzbaren Fundes, der Bemerkung gefreut, daß dieselben, die doch Sicherheit der Gläubiger zum Zwecke haben, diese Sicherheit durch eine Menge entgegenwirkender Bestimmungen selbst zerstören. Die Sache ohne Vorurtheil betrachtet, ist es allerdings wahr: das bisherige Pfandsystem gab auch einem gesicherten Gläubiger nur wenige Gewißheit, daß er seiner Forderung nicht durch ein anderes, ohne sein Wissen entstandenes, oder bevorzugtes Pfandrecht verlustig werden könne. Doch welche Schuld fällt hievon auf das Gesetz? Jedermann weiß, daß es dem Schuldner möglich ist, seinen Gläubiger durch gewisse Handlungen, waran das Gesetz wirksamere Vorzüge knüpft, in Schaden zu bringen; jedermann z. B. weiß, daß die Untersuchungskosten, wenn der Schuldner ein Verbrechen begieng, sich einer besondern Gunst erfreuten; mit einem Worte, alle Bürger kennen die Gesetze, und so lange die bisherigen Grundsätze über Rechtsirrthum bestehen, muß man annehmen, daß sie dieselben kennen. Kennen sie aber die Gesetze, so wissen sie eben damit, wie mannigfaltig die Möglichkeit ist, daß eine scheinbar gesicherte Forderung zuletzt sehr unsicher gemacht werde. Lassen sie sich denn doch in Verhältnisse ein, wodurch Forderungen für sie entstehen, konnten sie, das Auge auf Gewinn gerichtet,

im Wahne der Sicherheit eine alle Sicherheit ausschließende Gesetzgebung vergessen, so ist das ihre Sache; das Gesetz wenigstens dürfen sie nicht anklagen.

Aber wie? Wenn der reichere Bürger diese Gesetzgebung nicht vergäße, wenn er einen kleinen Gewinn nicht eines großen Verlusts werth hielte, woher sollte dann der Arme, welcher zu seinem Ackerbau, seinem Gewerbe eines Kapitals bedürfte, woher der größte Theil deren, die Credit nöthig haben, um sich zu erhalten, und den Staat erhalten zu helfen, woher sollten diese die nothwendigen Vorschüsse bekommen?

Wir sind hier auf einem Standpunkte angekommen, der uns den Einfluß eines Pfandsystems auf den Credit der Staatsbürger, und ihren Wohlstand am leichtesten überschauen läßt, und den man recht füglich den staatswirthschaftlichen nennen könnte. Regierung und Stände haben sich besonders auf ihn gestellt, und dagegen einen andern, den privatrechtlichen, wo nicht ganz übersehen, doch bei weitem nicht in dem Grade geschätzt, als er verdiente. Wir indessen, die wir uns hier nicht mit der Politik des Gesetzes beschäftigen, gedenken in umgekehrter Weise den ersten etwas zu verlassen, und das neue Gesetz von dem Standpunkte des Privatrechts aus zunächst zu betrachten. Er wird uns die Grundlagen des Systems vorführen, und es uns möglich machen, daß wir ihren Zu-

sammenhang unter sich, so wie mit dem Gebäude unseres Rechts überhaupt deutlich erkennen.

Das Pfandrecht ist das Recht auf einer Sache, um sich aus derselben für eine Forderung bezahlt zu machen. Es haftet auf der Sache, als dingliches Recht und geht mit ihr in alle Verhältnisse ein, die sie treffen; es begleitet sie wie ihr Schatten.

Indem Jemand ein solches Recht erlangt, sollte man glauben, daß es ihm von Niemanden geschmälert werden könne, es wäre denn, ein Anderer hätte bereits früher gleichfalls ein dingliches Recht zur Sicherheit einer Forderung auf derselben Sache erlangt. Ist doch gerade das die Eigenthümlichkeit des dinglichen Rechts, daß die Sache, der es anhängt, desselben nie entledigt werden mag, also immerhin nur derjenige den Vorzug genießt, der ein solches Recht zuerst erwarb. Nur dieser genießt den Vorzug; aber auch dieser sollte ihn gewiß genießen, nicht vermöge einer ausserordentlichen Gunst, eines Privilegiums, sondern vermöge der Natur seines Rechts, das, mit der Sache innig verbunden, durch keinen später erworbenen, wenn auch gleich dinglichen Anspruch vernichtet werden kann. Alles mithin, was ein späterer Gläubiger durch die Bestellung eines Pfandrechts erlangen könnte, wäre die Sicherheit, daß er sich aus einer Sache bezahlt machen dürfe, wenn dadurch das bereits errichtete dingliche Recht eines vorhergehenden Gläubigers nicht beeinträchtigt würde, das

heißt, wenn dieselbe neben der Sicherheit der ältern Berechtigten, auch noch seine Forderung deckte. Denn er hat sein Recht nur auf der Sache erworben, wie sie war, behaftet mit dem von einem frühern Gläubiger erworbenen dinglichen Recht. So wenig eine früher bestellte Dienstbarkeit dem später ertheilten Pfandrechte weicht, so wenig dürfte nach den wahren Begriffen des Rechts ein späteres Pfand dem frühern vorgehen.

Gibt dagegen der Gesetzgeber einem später erworbenen dinglichen Rechte vor einem früher erworbenen den Vorzug, hebt er also das frühere zu Gunsten des spätern auf, so ertheilt er ein wahres Privilegium in beneficium des spätern, in odium des ältern dinglichen Rechts.

Kann er das? Wer vermag zu zweifeln; hat er doch die Gewalt.

Soll und darf er das? Keineswegs! Jemanden sein Recht zum Vortheil eines Dritten, wer der auch sey, entziehen, ist nicht mehr der Beruf eines von der Idee des Rechts geleiteten Gesetzgebers, sondern das Werk der Willkühr.

Wenn ein Schuldner unter seinem Vermögen eine Sache besitzt, die ihm mit einem Andern gemeinschaftlich angehört; wer behauptete, daß dieser Andere einem Pfandgläubiger nachzustehen hat, dem etwa der Schuldner für gut fand, die ganze Sache zu verpfänden? Durchaus dasselbe ist es bei jedem Privilegium im Pfandrechte. Dem Schuldner, der ein Pfand bestellte, gehört die ver-

pfändete Sache nicht mehr ganz und unbedingt; ein Anderer hat bereits ein Recht daran erworben. Ihm dieses Recht entreissen, heißt so viel, als ihm sein Eigenthum entreissen.

Man wundre sich daher nicht, daß wir in der frühern guten Zeit der römischen Verfassung von priviligirten Pfandrechten wenig oder nichts hören. Erst später, unter den Imperatoren, welchen ausser der Gewalt kaum noch was heilig war, nahmen sie in dem Grade zu, daß man wirklich eine Art organisirten Raubsystems darin findet.

Ein Gläubiger, der seines dinglichen Rechts ungeachtet, zurückgesetzt, und seiner Ansprüche verlustig wird, weil man ihm einen Dritten vorzieht, dessen dingliche Befugnisse später entstanden sind, könnte eben so gut angehalten werden, mit eigenem Gelde fremde Schulden zu zahlen. Fürwahr! Es ist die Entziehung eines dem Gelde gleichen Rechts, da von ihm die Realisirung einer Forderung abhängt, nicht geringer zu achten, als die Entziehung des Geldes selbst.

Zu uns war aber das neuere römische Recht mit allen seinen Privilegien gekommen, und was noch schlimmer ist, mit seinem Geiste, der an solchen Privilegien gar nichts Arges fand, sie aus launenhafter Billigkeit zugestand, auch hie und da mit den Worten: öffentliches Wohl rechtfertigte.

Von diesem Geiste geleitet, haben unsere Gesetzgeber die Anzahl der Privilegien von Zeit zu Zeit vermehrt, und, wo sie weniger entschieden

sprachen, die Rechtsgelehrten durch ihre Erklärungen nachgeholfen, so daß unser Pfandrecht endlich von Privilegien wie überfüllt erschien.

Um so mehr müssen wir es dankbar schätzen, daß das neue Pfandsystem dieser lange bestandenen Ungerechtigkeit abhalf, und das dingliche Recht des Pfands in seinen wahren Werth einsetzte, indem es dasselbe als dingliches Recht auch in so fern anerkannte, als es das frühere, und nur das frühere dem spätern vorzog.

Das neue Gesetz ist durch die Vernichtung aller Privilegien der Natur des Pfandes als dinglichen Rechts gefolgt; dasselbe hat uns eben dadurch in den Stand gesetzt, wahrhaft sagen zu können, das Pfandrecht sey auch wirklich in seiner wichtigsten Folge ein dingliches Recht.

Den Privilegien gleich sind die stillschweigenden, oder auch, wie man sie sonst nennt, gesetzlichen Pfandrechte, dem Geiste des Privatrechts entgegen, und unvereinbar mit aufrichtiger Achtung für diesen Geist. Woher soll sichs auch rechtfertigen, daß das Gesetz von selbst, ohne Vorwissen, oder, um die römische Sprache zu gebrauchen, bei allem Stillschweigen der Parthien [1]) Pfandrechte ertheilt? Der Schuldner will in einem solchen Fall kein dingliches Recht ertheilen, der Gläubiger im Augenblick keines erwerben; das Gesetz aber greift einer Seits gegen Gebühr in die Rechte des Schuld-

---

1) pignus tacite contrahitur.

ners auf seine Sachen, und bringt anderer Seits dem Gläubiger gegen sein Verlangen eine Wohlthat auf. Am Ende freilich wird es dem Gläubiger angenehm seyn, durch ein dingliches Recht gesichert zu seyn; allein im Augenblick, wo die Forderung entsteht, trägt er keinen Wunsch nach diesem Rechte: sonst würde er es sich durch Vertrag zu verschaffen suchen.

Wenn man dem, der zur Wiederherstellung eines Hauses oder zur Anschaffung einer Sache Geld leihet, ein Pfandrecht ertheilte, auch ohne daß er sich ein solches ausbedungen hätte, während er sich, wenn er es für nöthig hielte, ein solches ausbedingen konnte, so ist es doch klar, daß er eine Wohlthat empfängt, die er selbst nicht zu wollen schien. Aus welchem Grunde er sich aber kein Pfandrecht durch Vertrag sicherte, ist gleichviel — genug er glaubte sich keines sichern zu müssen.

Nicht weniger beschränkend ist die Einschreitung des Gesetzes für den Schuldner. Setze man, der Schuldner würde kein Pfandrecht ertheilt haben, weil er auch sonst noch ohne Pfand Geld bekommen hätte; ist es nun nicht ungerecht, daß man trotz dem seine Sache ohne, vielleicht gegen seinen Willen haften läßt, seine Verfügung darüber beschränkt, und ihn verhindert, dieselbe etwa später für eine Verpfändung zu benutzen?

Auch hier ist es bemerkenswerth, daß die Römer in ihrer guten Zeit, dem Sinne eines wahren

Privatrechts treu, keine Pfandrechte gestatteten, welche stillschweigend, d. h. ohne Wissen und Willen der Parthien entstanden [2]). Erst später, als Einzelne herrschten, und oft gutmüthige Schwäche die Stelle einer strengen, unbeugsamen, und auch nur durch Unbeugsamkeit unerschütterlichen Gerechtigkeit vertrat, da wuchs die Zahl der stillschweigenden Pfänder bis zu der alle Sicherheit zerstörenden Menge heran, welcher wir, um das Maas recht voll zu machen, noch einige andere Arten hinzusetzen zu müssen glaubten [3]).

Wir sind indessen weit entfernt zu läugnen, daß es Fälle geben könne, wo der Gesetzgeber veranlaßt ist, einen Vertrag vorauszusetzen, wenn ein solcher auch in der That nicht abgeschlossen wurde; wir könnten hiezu ausser dem Pfandrechte nicht wenige Beispiele auffinden. Dennoch ist es wohl unverkennbar, daß eine solche Voraussetzung nur durch höchst wichtige Gründe veranlaßt werden kann; wie denn auch bei den sogenannten Quasi-Contrakten die Analogie mit wahrhaften Vertrags-Verhältnissen zu stark ist, um sie nicht im Au-

---

1) Selbst von dem Pfandrecht auf den Früchten eines verpachteten Guts, ohne Zweifel das älteste Beispiel eines pignus tacite contractum ist es noch ziemlich ungewiß, ob es sehr frühe vorhanden war.

2) Man denke nur an das Pfandrecht der Frau wegen des ganzen Paraphernal-Vermögens, an das des Eigenthümers mit dessen Geld eine Sache gekauft wurde, an das, welches dem Verkäufer auf Borg zusteht und an das der Wechselgläubiger.

genblick zu entdecken. Eine solche Analogie ist im Pfandrechte durchaus nicht gegeben.

Trotz dem hat es gewiß viel für sich, wenn das Gesetz denen zu Hülfe kommen will, die gleichsam wider Willen genöthigt sind, ihr Vermögen einer fremden Verwaltung anzuvertrauen. Allein zu hoher Willkühr dürfte die folgerechte Anwendung des Grundsatzes führen: „Man müsse dem Gläubiger die Möglichkeit geben, nicht mit unerbittlicher Strenge gegen den Schuldner zu verfahren, aber dessen ungeachtet keine Gefahr für seine Forderung zu laufen.“ Fast sollte man, diesem Ausspruch gemäß, jedem gemüthsweichen Gläubiger ein gesetzliches Unterpfand verleihen.

Uebrigens wollen wir nicht verkennen, daß das neue Gesetz dem alten Mißbrauch ziemlich steuerte, weniger dadurch, daß er einige gesetzliche Unterpfänder strich; denn es bleiben immer noch mehr übrig, als der Rechtssinn vielleicht billigen könnte; hauptsächlich aber dadurch, daß in Folge eines andern durch das neue Gesetz sanktionirten Princips, der Oeffentlichkeit, jedes gesetzliche Pfandrecht sich in einen gesetzlichen Pfandrechtstitel verwandelt, das Pfandrecht selbst aber, also das eigentlich Lästige, nicht durch das Gesetz, sondern auf eine dem vertragsmäßig errichteten Pfande analogere und den spätern Gläubigern unschädlichere Art entsteht.

Unsere bisherigen Gesetze gestatteten Unterpfänder, die man unter der Formel errichtete: „Alles was ich habe, oder haben werde,“ allge-

meine Verpfändungen, die das gegenwärtige und auch zukünftige Vermögen des Verpfänders unter sich begreifen.

Solche Verpfändungen lassen eine doppelte Bedeutung zu. Einmal können sie von einer Verpfändung verstanden werden, die sich über alle einzelne Sachen, als einzelne erstreckt, und die nur insofern allgemein genannt wird, als sie alles Einzelne in sich enthält. Daß solchen Verpfändungen an sich Nichts im Wege stehe, daß man statt einer Sache, hundert, oder auch alle einzelnen Sachen, die man hat, verpfänden könne, ist wohl klar. Selbst die Beziehung, welche man einem solchen Pfande auf den künftigen Erwerb gab, ist den gangbaren Rechtsansichten gemäß. Kann man ja auch sonst über Rechte verfügen, und darüber Verträge abschließen, die man erst zu erwerben gedenkt, und hofft.

Indessen enthält die Verpfändung einer solchen Masse von Einzelnem etwas Widersinniges, und sofern sie im Allgemeinen auf die Zukunft gerichtet werden soll, etwas beinahe Unmögliches. Neben der ungewöhnlichen Beschränkung des Schuldners erzeugt sie eine vollendete Unsicherheit für alle, die mit ihm Geschäfte treiben, und von ihm Dinge an sich bringen. Allein auch unsere Gesetze kennen ein solches Pfand nicht, und verstehen unter einer allgemeinen Verpfändung mehr eine auf das ganze Vermögen, als Ganzes, auf eine Art von universitas rerum sich beziehende Verpfändung.

Eben deßhalb ward es auch dem Schuldner gestattet, dieser Verpfändung ungeachtet, einzelne Sachen zu veräussern, ohne daß das Pfandrecht darauf haftete, weil es überhaupt nicht dem Einzelnen, sondern dem Ganzen, als Ganzes, anklebte. Der dritte Besitzer könnte wegen einer Sache, welche auf ihn übertragen wurde, nicht beunruhigt werden; mochte dieselbe auch immerhin zu einem Ganzen gehört haben, das ihm versetzt war[4]).

Diesem Principe gemäß sollte man denken, daß auch ein späteres specielles Pfand durch eine frühere generelle Verpfändung an seiner Wirksamkeit nichts verliere. Denn die Verpfändung ist immer eine theilweise Veräusserung; und wenn nun die vollendete Veräusserung ruhig geschehen kann, warum sollte nicht auch eine theilweise vorgenommene alle Kraft haben? Doch so consequent waren unsere Gesetze nicht. Man mochte wohl fühlen, daß die allgemeine Verpfändung vielfach ein leerer Name wäre, wenn sie nicht wenigstens als Pfandrecht das Einzelne afficirte, und einer spätern besondern Verpfändung vorgienge. Man sicherte ihr daher die Wirkung durch Inconsequenz, beschränkte den Schuldner mehr als recht war, und vernachtheiligte jeden folgenden Gläubiger, der sich ein specielles Pfand bestellen ließ, und zerstörte eben damit vollends alle Sicherheit der Darlehen.

---

4) Wir werden später Gelegenheit haben, über diese von den Rechtsgelehrten wenig, aber sehr, sehr von den Gesetzen unterstützte Ansicht mehr zu reden.

Denn ist auch der Schuldner verhindert, das Ganze, oder einen Theil desselben, als Theil des Ganzen zu veräussern, so vermag er ja doch durch Losschlagung des Einzelnen das ganze Pfandrecht werthlos zu machen; während auf der andern Seite jeder künftige Gläubiger, wollte er sich auch ein specielles Pfand geben lassen, nicht gedeckt war, indem ihm das frühere allgemeine vorgieng.

Das Einfachste und Vernünftigste wäre unstreitig, wenn man das allgemeine Pfandrecht, sofern es sich auf das ganze Vermögen erstreckt, durchaus fahren ließe, und zur ältern römischen Ansicht zurückkehrte, wo man noch nicht verkehrt genug war, um der Verpfändung über omnia quae quis habet aut habiturus est einen rechtlichen Sinn beizulegen.

In der That hat denn auch das neue Gesetz dieser einfachen Ansicht gehuldigt. Es kennt in diesem Sinne keine allgemeine Verpfändungen mehr. Nur sofern sie nicht das ganze Vermögen umfassen, sind sie ihm nicht durchaus unbekannt, indem dasselbe auch ein Ganzes, als Ganzes, und nicht bloß als eine Masse des Einzelnen zu verpfänden in gewissen Fällen gestattet.

Sind einmal allgemeine, stillschweigende oder gesetzliche Unterpfänder aufgehoben, so scheidet sich von nun an für die Gesetzgebung der Weg.

Der erste und natürlichste führt nicht weiter als zu jener Aufhebung. Dem Pfandgläubiger noch ausserdem eine Sicherheit zu geben, und diese

Sicherheit durch eine obrigkeitliche Bürgschaft zu bekräftigen, scheint weder nöthig noch zweckmäßig.

Zunächst hat sich wohl der Gesetzgeber nichts darum zu kümmern, wie Jemand über sein Vermögen verfügen, und wie er es anlegen will, vorausgesetzt, daß keine sonst unerlaubte Handlung bei dieser Veranlassung vollbracht werde. Noch weniger hat der Gläubiger billiger Weise eine größere Sicherheit anzusprechen, als die ihm das Gesetz durch Vernichtung der Privilegien und der gesetzlichen Pfandrechte bereits gewährte.

Ausserdem wird es jeder mündige, freie, selbstständige Mann vorziehen, sein Vermögen nach Gutdünken zu verwalten, für sich selbst, ohne Wissen der Obrigkeit, ohne jene Art Vormundschaft, wie man sie unerwachsenen oder unbesonnenen Kindern zu bestellen sucht. Denn gestattet man keine Privatverpfändung, so bleibt dem Gläubiger Nichts übrig, als entweder sich ein öffentliches Pfand geben zu lassen, also die Obrigkeit mit in seine Geschäfte hereinzuziehen, oder seine Sicherheit aufs Spiel zu setzen.

Was soll erst vom Schuldner gesagt werden? Fremde Personen bekommen Einsicht in seine Verhältnisse, und nicht bloß unangenehm, sondern vielfältig nachtheilig kann es seyn, wenn diese seine Privatverhältnisse der Kenntniß des Publikums freigegeben sind.

Auffallend und bedeutend ists auch, daß die Römer, die es in der Politik des Rechts gewiß

am weitesten gebracht haben, und so zu sagen Rechtsgelehrte und Gesetzgeber aus Instinkt gewesen sind, von einem solchen Institut nichts wissen, wodurch die Sicherheit der Gläubiger auf eine mehr positive Weise befördert worden wäre, selbst in ihrer schlechten Zeit nichts davon wissen.

Freilich kann ein ächtes Privatrecht, das vollkommen freie Verfügung über das verlangt, was einmal unser ist; das jeden beschränkenden Zwang aufs Stärkste verwirft, jeden Eingriff in unsere Disposition, ist er anders nicht durch die höchste Noth des Ganzen geboten, als einen Eingriff in unsere heiligsten Befugnisse betrachtet, ein solches Privatrecht kann freilich keine Einrichtung billigen, die unter dem Schein größerer Sicherheit, den Gläubiger wie den Schuldner aufs Hemmendste einengt. Viel eher überläßt es dem Gläubiger, für sich selbst zu sorgen, welches Maas von Sicherheit er fordern und sich verschaffen wolle; es überläßt es dem Schuldner, welche Gewißheit er seinem Gläubiger geben, und wie er sich Vertrauen erwerben könne.

Doch das uns vorliegende Gesetz geht von der ganz entgegengesetzten Meinung aus, und stützt den wenigstens in der strengen Allgemeinheit neuen Grundsatz der Oeffentlichkeit hauptsächlich darauf, daß durch ihn allein der Gläubiger Sicherheit, der Schuldner Zutrauen erlange; es stützt ihn auf Rücksichten des öffentlichen Credits.

Wir enthalten uns hier darüber zu reden, und begnügen uns mit der Bemerkung, daß das Prin-

cip der Oeffentlichkeit, gleichsam der Angel des neuen Pfandgesetzes, eine allerdings historische Grundlage hat, und daß man dasselbe bloß als eine consequente Fortbildung des längst Gegebenen ansehen mag.

Wie früher in ganz Teutschland, so bestand in Würtemberg zu allen Zeiten das gesetzliche Herkommen, daß Veräusserungen und auch Verpfändungen liegender Güter zur Erkenntniß der Obrigkeit gebracht wurden. Man hatte sogar den öffentlichen Verpfändungen von lange her und bis jetzt einen Vorzug vor den Privatpfändern und sogar vor den gesetzlichen gegeben, so daß wir da, wo die Privilegien der einzelnen Pfandrechte aufhörten, gleichsam neue Privilegien ganzer Klassen erblicken konnten. Natürlich möchte es daher scheinen, sich an das Vorhandene zu halten, an das was früher schon einen Vorzug genoß, und dasselbe so allgemein zu machen, daß es zur Grundlage des Pfandrechts, so wie der Sicherheit des öffentlichen Credits zur Stütze dienen könnte.

Ohnehin mußte, nachdem einmal alle Privilegien aufhören sollten, die öffentliche Verpfändung auch ihren Vorzug verlieren; eben deßhalb entweder zu einem Nichts herabsinken, weil sie, ausser der Mühe und der damit sonst verbundenen Unannehmlichkeit, wenig Vortheil brachte; oder man mußte das ihr zu Grund liegende Princip ergreifen, festhalten, allgemein machen, und neben der öffentlichen Verpfändung jede andere Bestellung

eines Pfandrechts für unwirksam erklären. Ja wir hätten dem Gesetze sogar Vorwürfe machen mögen, wenn dasselbe die öffentlichen Verpfändungen, wie bisher geduldet, und dabei doch ihren Vorzug aufgehoben haben würde. Denn auf diese Weise enthielten sie lediglich einen Reitz des Gläubigers, ohne demselben doch einige Gewißheit zu verleihen. Sie enthielten, zum Mindesten geredet, eine leere, zwecklose Formalität, bei der man nicht sieht, wozu sie von einem vernünftigen Gesetzgeber forterhalten würde.

Mit vollen Händen geben wir daher unsern Beifall wenigstens dazu, daß man neben den öffentlichen Unterpfändern, so wie man sie bestehen ließ, und aus Rücksichten des gemeinen Wohls bestehen ließ, alle andern Arten von Verpfändungen aufhob, nur die eine große Gattung übrig behielt, und dadurch Einfachheit in die Gesetzgebung brachte.

Wir können übrigens nicht läugnen, daß die Oeffentlichkeit im neuen Gesetze eine viel größere Bedeutung, eine viel stärkere Ausdehnung bekam, als sie der Natur der Sache nach bekommen mußte. Genau genommen heißt der Ausspruch, daß jedes Pfand ein öffentliches seyn solle, nichts anderes, als es könne kein Pfandrecht durch die bloße Uebereinkunft der Parthien, oder durch das bloße Gesetz entstehen, sondern jene wie diese geben nur den Anspruch, das Recht selbst aber entstehe erst als öffentliches durch die Mitwirkung

der Obrigkeit und durch den Eintrag in die öffentlichen Bücher.

Daß hingegen ein solches öffentlich entstandene Pfandrecht auch dem dritten Eigenthümer der verpfändeten Sache zum Nachtheil gereiche, wenn etwa sein Eigenthum kein öffentliches, d. h. nicht aus den öffentlichen Büchern zu ersehen wäre, daß die Sache ihm ins Eigenthum gehöre — das ist und bleibt eine Bestimmuug, welche wir aus dem Princip der Oeffentlichkeit bei Verpfändungen nicht zu rechtfertigen vermögen. Würde auch nur dasjenige Eigenthum als Eigenthum anerkannt, welches als öffentliches erworben worden ist, würde mithin das Eigenthum wie das Pfandrecht nur durch Eintrag in die öffentlichen Bücher erworben, dann ließe sich mit Recht der Satz aufstellen, daß kein Eigenthum, das nicht aus den öffentlichen Büchern ersehen werden kann, dem Pfandrechte vorgehe, natürlich! da es ja gar nicht als Eigenthum gälte. Nun aber, nachdem es Eigenthum gibt, das man nicht auf öffentliche Art erlangte, nachdem es Eigenthum gibt, ob schon dasselbe weder in die öffentlichen Bücher eingetragen, noch aus denselben ersichtlich ist, läßt sich auch keine Rechtfertigung dafür denken, daß ein solches Eigenthum dem öffentlich bestellten Pfande nachstehen solle.

Gleichwenig folgt es aus der Oeffentlichkeit der Verpfändungen, daß dem Schuldner alle Einreden gegen eine öffentlich versicherte Schuld verloren gehen, wenn der Gläubiger dieselbe zufällig

an einen Dritten abgetreten haben sollte, und jene Einreden nicht vorher selbst öffentlich geworden waren, oder es doch gleich bald darauf würden. Eine solche Festsetzung könnte nur dann folgerecht genannt werden, wenn überhaupt keine Einrede gegen eine öffentlich versicherte Forderung vorgebracht werden dürfte, sie wäre denn selbst durch Vormerkung in dem öffentlichen Buch zu einer öffentlichen gemacht worden. Da aber die Einreden im Allgemeinen nicht an die Oeffentlichkeit gebunden sind, so kann man den Umstand, daß sie bei einer vorgegangenen Abtretung der Schuld nur als öffentliche berücksichtigt werden, einzig aus einer übergroßen Fürsorge herleiten, welche das Gesetz für den Gläubiger hegt, und für dessen Bequemlichkeit seine Schulden leichter abtreten zu können.

Wie dem sey, genug das Gesetz gab der Oeffentlichkeit eine Ausdehnung gegen das Eigenthum und gegen die sonst anerkannten Rechte der Schuldner; eine Ausdehnung, die wir zwar nicht als Folge der Oeffentlichkeit der Verpfändungen ansehen können, die wir aber, auch nicht gerechtfertigt, berücksichtigen müssen, sofern wir uns hier nicht über das Gesetz stellen, sondern bloß zu erörtern gedenken, was in demselben enthalten ist.

Wie die Oeffentlichkeit an sich nur bei unbeweglichen Sachen möglich ist, das Gesetz aber denn doch auch bei Verpfändung des Beweglichen den Gläubiger vollständig, beinahe wie ein Vater, gegen jeden möglichen Zufall sichern wollte, so hat

dasselbe eine bisher unbestrittene Wahl beschränkt, und dem Schuldner nur alsdann eine Verpfändung möglich gemacht, wenn er sich entschlöße, zugleich den Besitz der verpfändeten Sache an den Gläubiger abzugeben.

Während ihm also nach den bisherigen Rechten eine jede Verpfändung von beweglichen Sachen, mit oder ohne Uebertragung des Besitzes, gestattet war, er also auch auf Bewegliches ein pignus oder ein hypotheca bestellen konnte, so ist die letztere dagegen bei beweglichem Gut für die Zukunft nicht mehr gedenkbar.

Diesem nach gibt es bei unbeweglichen Dingen nur eine Art der Verpfändung, die öffentliche; bei beweglichen wieder nur eine, die, wobei zugleich der Besitz übertragen wird. Jene und diese erzeugen allein ein dingliches Recht an der Sache, das bei der öffentlichen, also bei der Versetzung unbeweglicher Dinge, noch so sehr begünstigt erscheint, daß dasselbe sogar ein aus den öffentlichen Büchern nicht ersichtliches, also nicht öffentliches Eigenthum übertrifft.

Vergessen wir dabei nicht, daß keine Verpfändung mehr eine allgemeine seyn darf, und daß namentlich die Bestellung eines Pfandrechts auf unbewegliche Sachen immer nur auf eine einzelne, oder auf mehrere einzelne als solche sich erstreckt; daß aber ein auf diese Weise entstandenes dingliches Recht durch kein anderes später entstandenes, etwa vermöge einer günstigen Ausnahme,

eines Privilegium, entkräftet oder wirkungslos werden kann; so haben wir die Hauptgrundsätze des neuen Pfandsystems. Die nähere Entwicklung derselben, die Erörterung der Ausnahmen, und der Bestimmungen, die mit den Principien nicht übereinstimmen, oder im Einzelnen, so zu sagen, neben denselben herlaufen, ohne gerade in ihnen selbst begründet zu seyn, versparen wir für den Commentar selbst, und die schicklichere Gelegenheit.

Einleitung.

Art. 1.

Das Pfand ist ein auf einer fremden Sache haftendes (dingliches) Recht, welches einem Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung eingeräumt wird.

Dasselbe ist entweder ein Unterpfand (Hypothek) oder ein Faustpfand.

Unser Gesetz stellt in diesem Artikel den Begriff des Pfandrechts voran, und bestimmt ihn auf dieselbe Weise, wie er nach unsern bisherigen Gesetzen, und in unserem bisherigen Rechtssysteme bestimmt war, als den eines dinglichen Rechts mit accessorischer Natur. Es soll zum Schutze eines andern Rechts dienen, und dem Berechtigten die Erfüllung der Verbindlichkeit sichern, worauf es sich bezieht, und die gleichsam seine Grundlage bildet.

1) Von welcher Art aber die Verbindlichkeit seyn müsse, welche dem Pfandrechte zu Grunde liegt, hat unser Gesetz weder ausdrücklich, noch durch eine andere Bestimmung mittelbar zu erkennen gegeben. Eben deßhalb dürfen wir auch in dem, was bisher darüber Rechtens war, keine Aenderung eintreten lassen, und müssen vielmehr daraus, daß das Gesetz die Sache unberührt übergieng, die Folge ziehen: die alten Rechts-Grundsätze sollen nach der Absicht des Gesetzgebers in voller Wirksamkeit bleiben.

2) Nach diesen bisherigen auch jetzt noch geltenden Grundsätzen kann ein Pfand für eine jede Verbindlichkeit bestellt werden, sie sey eine eigene oder fremde, bedingte oder unbedingte, gegenwärtige oder zukünftige, eine bürgerliche oder natürliche [1]). Aber eine Verbindlichkeit muß vorhanden seyn, und nur in so fern sie wirksam vorhanden ist, erscheint auch das bestellte Pfand wirksam. Hierüber herrscht im Allgemeinen kein Streit. Dagegen theilen sich die Ansichten der Rechtsgelehrten in dem Fall, wo die Hauptverbindlichkeit vernichtet ist, dem Schuldner aber denn doch, wenn er gezahlt hätte, keine Rückforderung zustände. Denn einige Rechtsgelehrte lassen das Pfandrecht, wenn auch auf beschränkte Weise, gültig seyn; andere unterscheiden, ob das für eine solche Verbindlichkeit gegebene Pfand von dem „anmaßlichen" Gläubiger bereits veräussert sey oder nicht, und widerstreben dort jeder Anfechtung des bestellten Pfandes, während sie hier dieselbe gestatten [2]).

Wir treten der erstern Meinung in einem noch weitern Sinne bei, und rechtfertigen uns mit folgenden Gründen.

Eine Verbindlichkeit ist entweder schon nach dem natürlichen Rechte, auch in der Sprache der Römer, nach dem jus gentium verworfen [3]), oder sie ist es blos nach den Bestimmungen der bürgerlichen Gesetze. In dem letzten Fall unterscheidet man zwischen einer vernichteten und einer blos beschränkten Verbindlichkeit. Beide

---

1) l. 5. pr. D. de pign. (20, 1.) — Wann ein für eine unbedingte Schuld bedingt, für eine bedingte unbedingt, und ein für eine künftige Schuld bestelltes Pfandrecht seinen Anfang nehme, davon werden wir weiter unten handeln.

2) Man siehe darüber Glücks Commentar Thl. 14. S. 41 — 44. Thibaut, civilistische Abhandlungen, Nr. 14. S. 323. u. folg.

3) Wie beim furiosus l. 40. D. de reg. jur. (50, 17.) l. 2. C. de contrah. emt. (4, 38.).

Arten werden im weitern Sinne, weil sie nach dem jus gentium zulässig, wenn auch bürgerlich mehr oder weniger verworfen sind, obligationes naturales genannt.

Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, l. 84. §. 1. D. de reg. jur. (50, 17.)

Im eigentlichen Sinne aber, und ohne Rücksicht, ob sie sonst „vernichtet" oder „beschränkt" genannt werde, heißt obligatio naturalis nur die Verbindlichkeit, wobei der Gläubiger, wenn auch des Klagrechts beraubt, doch das Gezahlte nicht zurückgeben darf.

Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam eo, si sol uta pecunia repeti non possit. l. 10. D. de obl. et act. (44, 7.)

Das Daseyn einer naturalis obligatio wird dem zufolge nicht allein darnach beurtheilt, ob ein Klagrecht mit ihr verbunden sey, sondern auch nach dem Umstand, ob das Gezahlte zurückgefordert werden könne; so daß der Mangel des Klagrechts und die Unstatthaftigkeit der Rückforderung bei ihr zusammentreffen [4]), aber auch allenthalben, wo sie zusammentreffen, eine obligatio naturalis vorhanden ist.

Kehren wir zurück zur Verpfändung! das Gesetz sagt, daß für eine obligatio naturalis ein Pfand bestelit werden könne, und ein solches Pfand Bestand habe (pignus perseverare constitit [5]).

---

4) Dasselbe ist enthalten in l. 1. §. 17. D. ad leg. Falc. (35, 2.): Id quod natura hereditati debetur, et peti quidem non potest, solutum vero non repetitur, non esse computandum in hereditate quidam putant. Man siehe noch l. 16. §. 4. D. de fidej. (46, 1.) l. 13. pr. D. de cond. indeb. (12, 6.). Derjenige, gegen den man eine solche Verbindlichkeit auf sich hat, wird, wo genau geredet werden soll, nicht einmal Gläubiger (creditor), noch der Gegenstand derselben Schuld genannt. L. 94. §. D. de solut. (46, 3.) l. 10. D. de verb. signif. (50, 16.).

5) l. 14. §. 1. D. de pign. (20, 1.)

Wir glauben keineswegs, daß hier eine obligatio naturalis im weitern Sinne gemeint sey; vielmehr nehmen wir mit dem höchsten Grunde an, daß das Gesetz darunter die Verbindlichkeit verstehe, welche eigentlich und im engern Sinn naturalis heißt, die, bei welcher das Gezahlte nicht zurückgefordert werden kann. So oft aber das Gezahlte nicht zurückverlangt werden darf, so oft mithin eine naturalis obligatio im engern Sinn vorhanden ist, so oft kann auch ein Pfand mit Wirksamkeit bestellt werden, ohne daß dem Schuldner eine Rückforderung zukomme; weil ja sonst gerade das nicht erfolgte, was dem Gesetze gemäß erfolgen soll, nämlich ut pignus perseveret.

Indessen hat Thibaut für seine Ansicht mehrere Gründe vorgebracht. Wir wollen ihre beweisende Kraft mit Aufmerksamkeit prüfen.

Oben an stehe der Beweis, welcher daraus hergeleitet wird, daß Weiber ein Pfand anfechten können, welches sie für eine durch Intercession übernommene Verbindlichkeit bestellt haben, ob sie schon das, was sie in Folge jener Verbindlichkeit wissentlich zahlten, nicht zurückverlangen mögen. Das Letztere, daß nämlich die Weiber ein solches Pfand anfechten können, ist nun zwar nicht im l. 32. §. 1. D. ad Sct. Vellej. (16, 1.) ausgesprochen [6]) aber nach l. 29. D. eod. und arg. l. 2. D. quae res pign. (20, 3.) denn doch keinem Zweifel unterworfen.

---

6) Die Stelle lautet folgendermaßen:

Si mulier rem a se pignori datam per intercessionem recipere velit, fructus etiam liberos recipit, et si res deterior facta fuerit, eo nomine magis aestimetur.

Auf den ersten Blick sieht man, daß die Worte: res per intercessionem pignori data einen zweifachen Sinn haben, einmal den gewöhnlich, und auch von Thibaut angenommenen, wonach sie ein für eine durch Intercession bereits entstandene Verbindlichkeit bestelltes Pfand bedeuten, so-

Desto mehr muß das Erstere bezweifelt werden, daß eine Frau das wissentlich Gezahlte nicht zurückfordern könne. Im Gegentheil mag sich eine Frau das, was sie für eine durch Intercession entstandene Verbindlichkeit zahlte, recht wohl wieder erstatten lassen, so daß es uns nicht wundern darf, wenn sie die Gültigkeit eines für eine solche Verbindlichkeit gegebenen Pfandes rechtlicher Weise zu bestreiten im Stande ist.

Wir behaupten nämlich: eine intercedirende Frau könne unbedingt zurückfordern, was sie in Folge ihrer Intercession zahlte, sey es, daß sie wissentlich, sey es, daß sie aus Irrthum zahlte. Zunächst berufen wir uns auf l. 8. §. 3. D. ad Sctum Vellej. (16, 1.)

---

dann aber auch den, wonach sie von einem als Intercession bestellten Pfande reden, d. h. von einem Pfande, dessen Bestellung eine Intercession enthält. Nimmt man die letztere Bedeutung an so handelt, das Fragment gar nicht von dem vorausgesetzten Fall, sondern davon, wenn die Frau ein für eine fremde Schuld gegebenes Pfand zurückverlangt. Dieses Rückverlangen kann nun allerdings keinem Zweifel unterliegen, da die Intercession in der Pfandbestellung selbst liegt (l. 8. D. ad Sct. Vellej.); allein ob ein Pfand, das die Frau für eine von ihr selbst, vermöge Intercession, übernommene Verbindlichkeit gab, zurückfordern dürfe, diese Frage ist damit noch gar nicht entschieden. Jedenfalls ist der Vorzug der gewöhnlichen Deutung so wenig ausgemacht, daß umgekehrt die hier versuchte dem Sprachgebrauche sogar angemessener erscheint. Denn wer würde z. B. die Ausdrücke: pignus per vim datum, res pignoridata per calumniam, pignus per callusionem acceptum, mit dem gleichbedeutend halten, wenn wir sagen: ein Pfand, das für sie durch Gewalt, Schikane, Betrug entstandene Verbindlichkeit gegeben, empfangen wurde? Gewiß würde im Gegentheil Niemand was Anderes darin finden, als eine Bezeichnung der Art, wie das Pfand selbst zur Errichtung kam, also z. B. ein auf betrügerische Weise erlangtes Pfand. Ganz in dem Geiste muß man pignus per intercessionem datum mit den Worten erklären: ein intercedirender Weise gegebenes Pfand.

Interdum intercedenti mulieri et condictio competit, puta si contra Sctum obligata debitorem suum delegaverit; nam hic ipsi competit condictio, quemadmodum, si pecuniam solvisset, condicieret: solvit enim et qui reum delegat.

In dieser Stelle ist nun der Frau allgemein, ohne alle Bedingung zugestanden, daß sie das Gezahlte zurückfordern könne.

Aber ganz dieselbe Befugniß ist ihr ferner zugesprochen in l. 24. §. 2. D. eod.

Si senatusconsulti beneficium intervenerit, utrum statim cum mulier intercesserit actio in priorem debitorem competit, an si mulier solutum condicat? Puto statim et non exspectandam solutionem.

Denn diese Stelle setzt, wie noch eine andere [7]) voraus, die Frau könne das Gezahlte zurückfordern, und unterscheidet nicht, ob sie wissentlich oder aus Irrthum zahlte.

Dagegen beruft man sich auf l. 9. C. h. t. (4, 29.). Allein diese Stelle sagt durchaus nicht, daß eine intercedirende Frau blos als ignorans das Gezahlte zurückfordern könne. Sie führt den Fall des Irrthums an, ohne den des Wissens auszuschließen.

Eben so wenig, ja noch weniger beweißt die l. 40. pr. D. de cond. indeb. Denn auch sie sagt nicht, daß eine Frau nur im Fall des Irrthums zurückfordern könne, und man sieht klar, daß der Nerv des Gesetzes eigentlich auf den Fall des filiusfamilias gelegt ist*). Dieser soll sogar dann nicht zurückfordern können, wenn er aus Irrthum zahlte. Umgekehrt erkennt ja Thibaut selbst die Regel an, daß dem Veräusserndeu alsdann die Rückforderungsklage zustehe, wenn die gesetzliche Bestimmung

---

7) l. 31. D. eod.

*) Dafür sprechen die Worte: sed hoc non est perpetuum, als Gegensatz zu der im Eingange aufgestellten Regel.

auf sein Bestes abzielt. Nun zeigt gerade die vorliegende Stelle, daß die Intercession der Frau blos ihrethalben, und zu ihrem Besten als unwirksam erklärt wurde. Wollte man mithin diese Stelle streng nehmen, und einen völligen Ausschluß des Wissens folgern, so würde dieselbe gar das, und zwar als Regel beweisen, daß auch da, wo die Gesetze das Beste des Veräusfernden im Auge haben, wissentlich Gezahltes nicht zurückgefordert werden könne. Sie würde mithin zuviel beweisen [8]), und eine Regel aufstellen, die beinahe wie eine Ausnahme da stünde, indem fast alle anderen Fälle der Art nach einer entgegengesetzten, von Thibaut ganz treffend herausgehobenen Regel beurtheilt werden [9]).

Wir verweilen noch einen Augenblick bei der Ansicht Thibaut's, und vergleichen sie auch in einer anderen Hinsicht mit l. 32. §. 1. cit. Thibaut stellt den Satz auf: wenn der Pfandgläubiger die verpfändete Sache veräusfert habe, so höre die Rückforderung des Schuldners auf. Nun aber spricht das Gesetz im Nachsatze:

> Sed si creditor, qui pignus per intercessionem acceperit, hoc alii vindidit, vera est eorum opinio, qui petitionem ei dandam putant et adversus bonae fidei emtorem, ne melioris conditionis emptor sit, quam fuerit venditor.

Bezieht man mithin dasselbe im Eingange mit Thibaut auf ein, in Folge einer durch Intercession entstandenen Verbindlichkeit gegebenes Pfand, so setzt der Nachsatz geradezu fest, daß ein solches Pfand selbst alsdann zurück-

---

8) Eben daher, weil die Frau immerhin zurückfordern kann, ist auch eine für sie bestellte Bürgschaft selbst dann ungültig, wenn der Bürge keinen Regreß an sie hätte.

9) Unsre Ansicht in Hinsicht der Rückforderung bei den Frauen scheint zu theilen Ulrich Huber praelect. ad Pand. lib. 16. tit. 1. §§. 5.

gefordert werden könne, wenn es der Gläubiger bereits veräussert habe. Was bleibt nun übrig, als entweder dem Ausdruck: per intercessionem eine andere Deutung zu geben; oder in die Verlegenheit zu kommen, daß man einmal das Gezahlte nicht zurückfordern läßt, und dann doch selbst da, wo das Pfand bereits veräussert wurde, und der Gläubiger sich in Folge dieser Veräusserung bezahlt gemacht hat, eine Repetition des Pfands gestattet, was, wie Thibaut zugesteht, gleich einer Repetition des Gezahlten ist. Nach unsrer Ansicht ist diese Schwierigkeit von selbst beseitigt.

Wir gehen über zu der von Thibaut ebenfalls angeführten l. 25. D. de pign. (20, 1.) [10]), und bemerken: Für's Erste ist es hier noch nicht einmal entschieden, daß das Gesetz sich auf ein Pfand bezieht, das für eine Verbindlichkeit errichtet wurde, die keine Rückforderung des Gezahlten zuläßt. Denn die Worte inutile und vitiose könnten eigentlich eher eine durchgehends verworfene obligatio naturalis bedeuten, als eine solche, wobei keine Rückforderung des Gezahlten gestattet ist.

Von dem Ausdruck inutilis ist die durchgehende Ungültigkeit an sich klar; man darf nur an den Titel der Institutionen: de inutilibus stipulationibus denken. Aber auch die Ausdrücke: vitiosum, vitium, vitiare, gehen auf eine völlige Ungültigkeit [11]). Drücken aber die angeführten Worte eine völlige Ungültigkeit aus, wobei eben, weil es eine völlige Ungültigkeit ist, Rückforderung des Gezahlten allerdings eintreten muß, so ist auch die Bestimmung des Gesetzes unsrer Annahme gar nicht entgegen.

---

10) Cum vitiose vel inutiliter contractus pignoris intercedat, retentione locus non est; nec si bona creditoris ad fiscum pertineant.

11) Man vergleiche nur l. 29. l. 201. D. de reg. jur. (50, 17.) mit l. 1. pr. D. de regul. caton. (34, 7.), ferner l. 1. §. 1. u. l. 1. §. 5. D. de verbor. oblig. (45, 1.)

Abgesehen übrigens von diesem grammatischen Grunde, fragen wir, wo spricht denn das Gesetz irgend von einer inutilis oder vitiosa obligatio, für welche ein Pfand bestellt sey? Das Gesetz bezieht das inutile und vitiose gar nicht auf die zu Grunde liegende Verbindlichkeit, sondern nur auf den contractus pignoratitius selbst. Wenn der Pfandvertrag selbst inutile oder vitiose abgeschlossen wurde, alsdann nec retentioni locus est. Etwas ganz Anderes ist es aber, wenn der Pfandvertrag an sich gültig abgeschlossen worden war, aber die ihm zur Grundlage gegebene Verbindlichkeit rechtlich nicht vollgültig erscheint. Auf diesen Fall bezieht sich das Gesetz gar nicht, für ihn ist also durchaus auch keine Folge abzuleiten. Wollte man aber erwiedern, daß der Contrakt gerade deßhalb vitiose abgeschlossen sey, weil ihm eine nicht ganz in allen Folgen gültige Verbindlichkeit zu Grunde liege, so würde man das, was durch das Gesetz erst erwiesen werden soll, gleichsam schon zum Voraus in dasselbe hineinlegen.

Man bemerke! Wenn das Gesetz eine „fehlerhafte Pfandbestellung“ im Allgemeinen verwirft, so ist nicht abzusehen, warum ein für beschränkte Verbindlichkeiten überhaupt bestelltes Pfand nicht eben so gut soll fehlerhaft genannt werden können; um so weniger, da wir ja auch nur von einer solchen vernichteten Verbindlichkeit reden, wobei das Gezahlte nicht zurückgefordert werden darf. Nehmen wir aber das Gesetz so allgemein, dann widerspräche es andern bereits angeführten Stellen aufs Offenbarste; zum klarsten Beweise, daß wir das Fehlerhafte nur mit einer Beschränkung verstehen dürfen. Nun aber begreift es sich schwer, warum das Gesetz gerade das fehlerhaft nennen soll, was man einer schon bestimmten Meinung zuliebe fehlerhaft finden will.

Endlich kann die l. 33. D. eod. noch weniger für Thibaut zeugen, da der Verpflichtete gegen den adjectus gar keine Verbindlichkeit hat, nicht einmal eine natura-

lis im weitern Sinne. Tantum modo ei solvi potest. Der Adjectus wird nicht adquirendae obligationis gratia, sondern blos und einzig der Zahlung wegen hinzugenommen [12]).

3) Muß ein Pfandrecht, für eine obligatio naturalis bestellt, auch als wirksam erkannt werden, so kommt es noch darauf an, welche Art von Wirksamkeit man ihm beilegt. Die meisten Rechtsgelehrten geben einem Pfandgläubiger der Art kein Klagerecht, keine actio hypothecaria, sondern nur die Befugniß der Retention und Veräusserung, wenn er das Pfandrecht in Händen hat [13]). Zunächst spricht auch für diese Ansicht der Umstand, daß das Pfandrecht accessorischer Natur ist, also ganz von der Hauptverbindlichkeit abzuhängen scheint. Ist nun diese beschränkt, d. h. kann etwa der Berechtigte nicht auf ihre Erfüllung klagen; sich aber doch gegen Rückgabe des Gezahlten durch eine Einrede schützen; was möchte natürlicher dünken, als daß man dem Pfandinhaber eine Einrede, auch die Befugniß zum Veräussern, aber keine Klage auf Erlangung des Pfandes zugesteht? Dennoch halten wir dafür, daß diese Meinung mit den Gesetzen nicht vereinbar sey, daß man vielmehr nach diesen dem Pfandberechtigten eine Klage einräumen müsse.

Denn erstlich haben die Gesetze, indem sie ein für eine naturalis obligatio bestelltes Pfand gültig seyn lassen, durchaus nicht von einer beschränkten Gültigkeit geredet. Im Gegentheil sprechen sie diese Gültigkeit ohne alle Beschränkung aus.

---

12) l. 56. §. 2. D. de Verb. oblig. (45, 1.).

13) Weber über natürliche Verbindlichkeiten, §. 107. Glücks Commentar Thl. 14. S. 43. Ist die Hauptverbindlichkeit beschränkt, so findet wegen des Pfandes nur diese beschränkte Rechtsverfolgung Statt, sagt Thibaut Pandektenrecht (5te Ausg.) Thl. 2. §. 636. Gesterding, Lehre vom Pfandrecht, S. 7.

Daß aber die Hauptverbindlichkeit keine vollkräftige ist, kann wohl keinen Unterschied machen. Setzen doch das Constitutum, die Novation, die Bürgschaft ebenfalls, als accessorische Verbindlichkeiten, eine Hauptverbindlichkeit voraus, worauf sie sich beziehen. Auch bei ihnen begnügt sich das Gesetz, wenn diese Hauptverbindlichkeit eine naturalis ist. Trotz dem wird es wohl noch Niemand eingefallen seyn, gegen die ausdrücklichen Gesetze zu behaupten, daß aus einer Novation, die mit einer natürlichen Verbindlichkeit vorgenommen wurde, oder aus einem Constitutum der Art, oder wegen einer für eine solche Verpflichtung bestellten Bürgschaft nicht geklagt werden könne. Die Analogie dessen aber, was bei diesen accessorischen Geschäften Rechtens ist, muß auch beim Pfandrecht entscheiden. Zum Mindesten zeigt sie, daß eineaccessorische Verbindlichkeit klagbar seyn könne, wenn es auch die Hauptverbindlichkeit nicht ist.

Ferner ist unsere Ansicht durch die Gesetze selbst bestätigt. Man vergleiche dieselben nur mit dem, was eine mögliche Retention voraussetzt. Soll der Glaubiger veräussern oder auch nur retiniren können, so muß er im Besitz der verpfändeten Sache seyn. Wo er das nicht ist, da fällt die Retention hinweg, und mit ihr jede Wirkung, welche ein solches Pfand haben könnte. Nun lese man die l. 5. pr. D. de pignor.

> Res hypothecae dari posse sciendum est pro quaunque obligatione — — — — vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali.

Bekanntlich ist zwischen hypotheca und pignus gerade der Unterschied, daß bei diesem der Glaubiger in den Besitz der Sache kommt, bei jener nicht. Soll mithin das für eine obligatio naturalis bestellte Pfand irgend eine Bedeutung haben, so kann dieß nur dann geschehen, wenn ein pignus bestellt wird, wo die Retention möglich ist, nicht aber bei der Hypothek, bei welcher der Gläubiger keinen Besitz erlangt. Sagt dagegen das Gesetz,

man könne sich für eine solche obligatio eine Hypothek bestellen lassen, und soll dieser Ausspruch keine bloße Spielerei enthalten, so muß dem Gläubiger auch eine actio hypothecaria eingeräumt werden, weil es allein von ihr abhängt, daß ihm sein Recht zur Sicherheit, also überhaupt zu dem Zweck nützlich ist, zu welchem er sich vermöge des Gesetzes eine Hypothek bestellen ließ.

Freilich wäre es vielleicht nicht undenkbar, das Gesetz blos auf den Zufall zu beziehen, daß der Gläubiger irgend einmal in den Besitz der Sache komme. Allein diesen Zufall kann man nicht voraussetzen. Auch spricht das Gesetz ganz allgemein aus, es könne für eine obligatio naturalis, wie für eine bürgerliche, eine Hypothek gegeben werden. Wie unnatürlich müßte es seyn, anzunehmen, das Gesetz spreche aus: du kannst dir eine Hypothek geben lassen, aber sie hat nur Wirkung, sofern du in den Besitz der Sache zufällig kommst! Wer dasselbe unbefangen in seinem ganzen Zusammenhange liest, muß sich überzeugen, daß es für eine obligatio naturalis ein dingliches Recht durch Hypothek, also ohne Besitz im Allgemeinen anerkennt, mithin um nicht leer zu seyn, da keine Retention hier möglich ist, auch eine Klage zugesteht, von der allein die Wirksamkeit seiner Bestimmung abhängt. Gleichfalls, wo nicht noch mehr entscheidend für uns, ist l. 59. D. ad Sctum Trebell. (36, 1.), welche also lautet:

> Debitor sub pignore creditorem heredem instituit eumque rogavit, restituere hereditatem filiae suae (testatoris); cum nollet adire ut suspectam, coactus jussu praetoris adiit et restituit; cum emtorem pignoris non inveniret, desiderabat permitti sibi jure dominii id possidere. Respondi: aditione quidem hereditatis confusa obligatio est. Videamus autem, ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione; atquin sive possidet creditor, idemque heres rem, sive non

possidet, videamus de effectu rei. Et si possidet, nulla actione a fideicommissario conveniri potest, neque pigneratitia quoniam heriditaria est actio, neque fideicommissum, quasi minus restituerit, recte petetur, quod eveniret si nullum pignus intercessisset, possidet enim eam rem quasi creditor: sed etsi fideicommissarius rem teneat, et hic serviana actio tenebit, verum est enim non esse solutam pecuniam, quemadmodum dicimus cum amissa est actio propter exceptionem. Igitur non tantum retentio sed etiam petitio pignoris nomine competit et solutum non repetetur; remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. — — —

Paulus entscheidet also den vorliegenden Fall dahin, daß der Erbe, welcher zur Antretung gezwungen wurde, wenn er die verpfändete Sache besitze, nicht belangt, und wenn er klage nicht abgewiesen werden könne. Jenes, weil der Fideicommissar keine wirksame Klage habe; denn die actio pigneratitia könnte er nur als Erbe geltend machen, und doch will er sie, ohne gezahlt zu haben, damit begründen, daß der Gläubiger Erbe, und eine confusio eingetreten seye; er müßte also seinen Klaggrund selbst vernichten. Wegen mangelhafter Herausgabe des Fideicommisses kann er aber nicht klagen, weil ja der Erbe nicht als Erbe, sondern als Gläubiger, also aus einem mit dem Fideicommiß nicht zusammenhängenden Grunde die Sache für sich behalten will. Dieses, weil es einmal gewiß ist, daß der Gläubiger nicht gezahlt wurde, und man die vorliegende Sache ganz so beurtheilen müsse, wie wenn dem Pfandgläubiger keine Klage zustünde, wegen einer Einrede, die dem Schuldner zu Statten käme. Müßte man aber die Sache auf die Art beurtheilen, so steht dem Gläubiger nicht blos eine retentio, sondern sogar eine petitio zu, wie auch das Gezahlte nicht zurückgefordert werden darf. Daher scheint, in Hinsicht des

Pfandes, eine naturalis obligatio noch vorhanden zu seyn.

Was zunächst aus dieser Stelle hervorgeht, ist unzweifelhaft die aus Analogie der für eine obligatio naturalis vorgenommenen Verpfändung abgeleitete Behauptung, daß hier nicht blos eine Retention, sondern auch eine Pfandklage Statt finde. Zum unwiderleglichen Beweise, daß Paulus ohne Anstand voraussetzte, das für eine obligatio naturalis gegebene Pfand begründe eine Klage.

Wir legen kein Gewicht auf die Endworte: remanet ergo etc. denn wir betrachten sie nur, wie figürlich. Aber wir legen Gewicht darauf, daß der ganze Fall offenbar so entschieden wird, wie wenn eine obligatio naturalis wirklich vorhanden wäre (quemadmodum dicimus cum amissa est actio propter exceptionem) und insofern sind auch die Endworte, mögen sie immerhin nur durch ein: gleichsam, erklärt werden dürfen, von Bedeutung [14]).

---

14) Ueber die letztere Stelle sehe man Faber Conject. j. c. VII. 16. 17. Während er sehr richtig die Emendation von Cujacius: hereditaria non est actio (Man sehe Cujac. ad Afric. Tractat. 7.) verwirft, sind ihm die letztern Worte: remanet etc., ohne daß man den Grund versteht, zum Anstoße. Indessen bekennen wir gerne, daß wir auch die Ansichten von Cujas in Erklärung derselben (loc. cit.) nicht zu theilen vermögen. Man vergleiche noch Wening-Ingenheim im Archiv für die civilistische Praxis Thl. 6. S. 144 — 147. Unsere Ansicht theilen, und geben auch bei dem für eine obligatio naturalis bestellten Pfande eine Klage: Anton Faber loc. cit u. Rationalia ad Pand. lib. 20. tit. I. l. 5. Hugo Donellus Comment. jur civ. lib. 12. c. 2. Wie indessen Wening-Ingenheim (Lehrb. d. Civilrechts Thl. 1. Buch 2. §. 126.) nur dann eine Klage geben kann, wenn die obligatio naturalis nicht in odium des Creditors beschränkt ist, und wie dieser Unterschied durch l. 2. D. 20. 3. unterstützt werden soll, ist nicht leicht abzusehen. Denn diese Stelle spricht es ja gerade zu aus, daß das von ei-

4) Das Pfandrecht ist ein dingliches Recht. Als dingliches Recht steht es dem Eigenthum gegenüber und kann nicht mit ihm in einer und derselben Sache zusammentreffen. So wenig es sonst ein dingliches Recht, z. B. eine Servitut an der eigenen Sache gibt, so wenig kann sie Gegenstand des Pfandrechts seyn. Pignus rei suae consistere nequit [15]). Daher ist auch das Pfandrecht ein auf einer „fremden" Sache haftendes dingliches Recht. Dieß als Regel und einfache Folge des Begriffs. Indessen haben unsere bisherigen Gesetze einzelne Ausnahmen von dieser Regel gemacht, Ausnahmen, die sich besonders auf die Erlöschung des Pfandrechts beziehen, und die Fortdauer eines bereits vorhandenen Pfandrechts,

---

nem Dritten für einen filiusfamilias gegebene Pfand, gleich wie eine für ihn geleihtete Bürgschaft gelten soll. Eine Bürgschaft ist aber wirksam, sofern der Bürge keinen Regreß hat. Und doch ist diese obligatio aus Haß gegen den Gläubiger beschränkt worden!

Es ist hier vielleicht nicht am unrechten Orte, eine Ansicht Glücks (loc. cit.) zu berichtigen, welcher als Beispiel einer beschränkten Verbindlichkeit, wofür das Pfand dem Gläubiger nur eine Retention gebe, ein für eine von einem filius familias contrahirte Schuld, gegebenes Pfand anführt. Allein das Gesetz sagt ausdrücklich: sed si paterfamilias factus rem pignori dederit, dicendum erit Scti exceptionem ei denegandam etc. l. 9. pr. D. eod. tit. (14, 6.). Es ist ihm die Einrede abgesprochen; folglich auch jedes Mittel entzogen, wodurch er die von dem Gläubiger vorgebrachte Pfandklage entkräften könnte. Das nämliche Gesetz hat Seuffert (Erörter. 2te Abthlg. Nro. 18.) für die der unsrigen entgegengesetzte Ansicht angeführt, während doch die Pfandbestellung des filiusfamilias aus ganz andern Gründen eben so ungültig ist, wie eine von ihm als filiusfamilias geleistete Zahlung (l. 7. §. ult. D. eod. wo es auch heißt: si paterfamilias factus solverit).

15) l. 45. D. de reg. jur. (50, 17.) vergl. mit l. 5. pr. D. si ususfr. pet. (7, 5.).

troz dem spätern Zusammentreffen mit dem Eigenthum gestatten [16]). Diese Ausnahmen sind von unserm Gesetze nicht ausdrücklich erwähnt; allein da dasselbe die ältere Regel ganz einfach wiederholt, so sind dadurch die ältern Ausnahmen nicht als aufgehoben zu betrachten *).

5) Aus der dinglichen Natur des Pfandrechts folgt ferner, daß dasselbe eine gewisse Untheilbarkeit enthalte, welche unsere Gesetze mit den Worten bezeichneten: individua pignoris causa. Das Recht des Gläubigers haftet auf der ganzen Sache, oder wenn ein Theil verpfändet wurde, auf diesem ganzen Theil. Daher darf er sich auch nicht darum kümmern, wenn die Sache ohne sein Zuthun getheilt würde. Eben so wenig gienge es den Gläubiger was an, wenn der Verpfänder stürbe und mehrere Erben hinterließe. Denn obgleich die Forderungen und Schulden, die nomina ipso jure getheilt sind, so könnte doch kein Erbe die Pfandklage abweisen, er hätte denn das Ganze gezahlt, oder stünde bereit es zu zahlen. Gleichfalls kann man dem Gläubiger nicht zumuthen, daß er seine Forderung theilen lasse, und sich etwa, wenn ihm mehrere Sachen für eine ungetheilte Summe verpfändet wurden, theilweise an einer jeden halte, oder umgekehrt, daß er sich an einigen halte, damit die andern frei würden **).

---

16) v. Wening-Ingenheim im Archiv für die civil. Praxis. Bd. 6. S. 134 — 150.

*) Thibaut civilistische Abhandlungen Nr. 7. S. 120.

**) Man vergl. l. 8. D. de rei vind. (6, 1.) junct. l 7. §. 4. D. quib. mod. pign. (20, 6.) l. 25. §. 14. D. fam. herc. (10, 2.) l. 1. C. si un. ex plur. hered. (8, 32.) l. 65. D. de evict. (21, 2.) und was über die sogenannte Untheilbarkeit als bloße Folge des dinglichen Rechts treffend bemerkt: Ulr. Huber prael. ad P. l. 20. Tit. 1. §. 8.

Doch hat unser vorliegendes Gesetz an diesen Grundsätzen, welche bloße Folgen des Grundsatzes der Untheilbarkeit sind, Einiges abgeändert, und manche Ausnahmen von der sonst anerkannten Regel aufgestellt. Wir werden sie am gehörigen Orte kennen lernen.

Erste Abtheilung.

Von Unterpfändern.

Erster Titel.

Von dem Rechte der Unterpfänder.

Erstes Kapitel.

Allgemeine Bestimmungen.

Art. 2.

Ein Unterpfand kann nur durch Mitwirkung der Obrigkeit und mittelst obrigkeitlicher Eintragung in das Unterpfandsbuch bestellt werden.

Wir halten es nicht für unpassend, der Erklärung dieses Artikels eine kurze Geschichte unsers bisherigen Pfandrechts und zwar nach den Elementen, aus welchen es zusammengesetzt war, vorangehen zu lassen.

1) In der frühern Zeit kannte man bei den Römern zwei Arten von Pfandbestellungen. Beide hatten das miteinander gemein, daß die verpfändete Sache dem Gläubiger übergeben wurde, bei der einen Art zum Ei-

genthum unter der Bedingung, sie auf einen gewissen Fall zurückzugeben (fiducia), bei der andern zur bloßen Sicherheit. Daß man auf die zuletzt angeführte Weise schon sehr frühe Pfandbestellungen vornahm, dafür spricht die sogenannte legis actio per pignoris capionem [1]).

Erst später kamen die Hypotheken auf, Verpfändungen durch blosen Vertrag ohne alle Uebergabe an den Gläubiger. Daß übrigens der Schuldner die Sache inne behielt war insofern nicht neu, als auch mit der Pfandbestellung durch fiducia nicht selten ein precarium verbunden war, vermöge dessen der Verpfänder die Sache inne hatte [2]). Uebrigens war es auf der einen Seite nicht ungewöhnlich und nicht verboten, dem Pfandvertrage oder dem pactum hypothecae die sogenannte lex commissoria anzuhängen, so wie auf der andern der Schuldner, welcher eine verpfändete Sache, ohne den neuen Pfandberechtigten davon in Kenntniß zu setzen, weiter verpfändete, einer Strafe unterlag [3]).

Wann die gesetzlichen Pfandrechte, diejenigen, welche ohne Wissen und Willen der Parthien, und wie der Römer sich treffend ausdrückte, tacitè entstanden, aufgekommen seyen, ist nicht gewiß. Wenigstens ist es noch unentschieden, von welchen Prätoren die actio Serviana und das Interdictum Salvianum herrühren [4]). Jedenfalls mehrten sich diese Pfandrechte erst unter den Imperatoren, so wie auch unter ihnen erst die Verpfändung rerum, quae quis habet aut habiturus est, wovon man sonst nichts wissen wollte, in den Gang kam.

Sie sind es ebenfalls, welche unter den Pfandberechtigten manchfache Vorzüge einführten, ein später ent-

---

1) Gaji Comment. 4. §§. 26 — 30. §. 32. Ueber die fiducia sehe man Gaji Comment. 2. §§. 59 — 62. u. Paul. recept. Sent. 2. 13.

2) Gaji 2. §. 60.

3) l. 36. §. D. de pign. act. (13, 7.) l. 4. C. stellion. (9, 34.)

4) §. 7. J. de act. (4, 6.) Gaj. 4. §. 147.

standenes Recht vor einem früher entstandenen begünstigten, und so durch gesetzliche, allgemeine und bevorzugte Pfandrechte beinahe alle Sicherheit zerstörten. Es ist aber ohne Nutzen hier das Einzelne abzuhandeln, da wir später ohnedieß theilweise darauf zurückkommen werden. Nur einer Verordnung des Kaisers Leo wollen wir hier gedenken, weil sie, sey es auch blos dem Namen nach, an das unserm Pfandgesetze zu Grunde gelegte Prinzip erinnert. Leo hatte nämlich verordnet, daß ein Pfandrecht, welches vermittelst einer öffentlichen oder von drei Zeugen unterschriebenen Urkunde bestellt wurde, jedem andern, das sich auf Privat-Urkunden stützt, vorgehen und selbst alsdann vorgehen solle, wenn das sogenannte öffentliche Pfand jünger wäre [5]).

2) Bei den alten Teutschen scheint die Verpfändung unter der Form des Verkaufs zwar nicht ganz ungewöhnlich gewesen zu seyn, aber denn doch die reine Verpfändung ohne Uebertragung des Eigenthums die Regel ausgemacht zu haben.

Das folgern wir zunächst aus den sogenannten nothwendigen Pfändungen. Denn gewiß ist es nicht wahrscheinlich, daß man dabei den reinern Begriff des Pfandes aufgefaßt habe, um ihn bei den vertragsmäßigen Pfandbestellungen wieder fahren zu lassen.

---

5) Ueber den Sinn und Gehalt dieser in l. 11. C. qui pat. in pign. (8, 18.) enthaltenen Verordnung vergleiche man Böhmer, Exercitationes ad P. l. 20. Tit. 4. exercit. 60. c. 1. §. 5. u. f. Hoffacker, de praerogat. pign. publ. in opuscul. p. 235. Bolley, von öffentlichen Unterpfändern §§. 9. 10. §§. 18 — 20. §. 119. u. f. Gerstcrding, Lehre vom Pfandrecht §. 32. Löhr, im Archiv für die civil. Pr. Thl. 6. S. 150. u. f. Thibaut, civil. Abhandlungen S. 124. u. f. Glück, Commentar Thl. 18. S. 278. u. f. die Ansicht deren, welche die Bestimmung dieses Gesetzes als eine Folge allgemeiner Grundsätze betrachten, ist nicht neu und schon von Gothofred vertheidigt worden.

Mehr noch aber geht es aus den ältern germanischen Rechtsbüchern hervor, in welchen der Verpfänder mit dürren Worten Eigenthümer genannt wird [6]). Daher kam es, daß man in den ältern Zeiten das Pfand nicht nothwendig vor Gericht bestellen mußte, sondern auch vor Zeugen bestellen konnte, zum deutlichen Beweise, man habe damals in einer Pfandbestellung noch keine Veräusserung des Eigenthums gefunden [7]).

Freilich scheint aber das, was der Römer Antichresis nannte, nicht selten mit dem Pfande verbunden worden zu seyn, so daß der Gläubiger die Sache benuzen und die Früchte derselben beziehen durfte [8]).

Ausserdem ist man gewohnt anzunehmen, daß die alten Teutschen keine Hypotheken kannten; und auch Eichhorn stimmt dieser Meinung bei. Dennoch glauben wir dieselbe verwerfen zu müssen. Zur Unterstützung führen wir folgende Stelle an:

> Leges Longab. lib. 2. Tit. 21. c. 21. Si quis alii cautionem fecerit, et non ei obligaverit nominative de rebus suis, nisi dixerit in obligatione, in quibuscunque locis de rebus suis potuerit invenire, et postea vendiderit ad alium hominem, habeat ipse qui eas emit. Nam si obligatae fuerint nominative non eas possit vendere, dum usque ipsam cautionem sanaverit. Et qui cautionem facere noluerit, aut nominative obliget

---

6) Heineccii, elementa jur. german. P. I. Tit. XI. §§. 314—319. Riccius doctrina de domin. pign. germ. §. 3—6. Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgeschichte Thl. 1. §. 61.

7) Eichhorn l. c. §§. 59. u. 61. Hiedurch widerlegt sich für diese ältere Zeit von selbst, was Fischer (Geschichte des teutschen Handels Thl. 1. S. 293. Note n) zur Begründung einer entgegenstehenden Ansicht bemerkt.

8) Riccius l. c. §§. 30—36. Selchow elem. jur. German. priv. §§. 576—579. Runde, teutsches Privatrecht §. 221.

de rebus suis, qualiter intra eos convenerit, aut faciat cautionem de tantis rebus, quantum in illa die soli ipsi fuerunt.

Wir bemerken zum Voraus, daß bekannter Maaßen rem obligare gerade der Ausdrück für verpfänden ist, für das Bestellen eines dinglichen Rechts zur Sicherheit anderer Ansprüche [9]). Sodann bezeichnet der Ausdruck nominative, ganz gleich bedeutend mit nominatim, eine spezielle Verpfändung im Gegensatz von einer generellen [10]). Demnach handelt das Gesetz von einer Verpfändung und von der Befugniß des Pfandbestellers zur Veräusserung der verpfändeten Sache, und unterscheidet, ob er speziell verpfändet habe oder nicht. Im ersten Falle wird ihm die Veräusserung untersagt, im zweiten mit der Ausnahme gestattet, wenn er nicht ausdrücklich die allgemeine Verpfändung so gemacht habe, daß der Gläubiger seine Sachen allenthalben, wo er deren finden möchte, in Anspruch nehmen könne.

Dieses Gesetz des Königs Luitprand setzt mithin, da es von einer Veräusserung des Schuldners spricht, auch die Möglichkeit zu veräussern, es setzt, indem es vom Käufer spricht: rem habeat, die Möglichkeit voraus, daß ihm die Sache vom Verpfänder übergeben werden konnte; es setzt endlich durch das Entgegenhalten einer allgemeinen und einer besondern Verpfändung, und weil bei einer allgemeinen keine Uebergabe denkbar ist, nothwendig auch Verpfändungen ohne Uebergabe voraus. Soll der Pfand-

---

9) Wir verweisen deßhalb beinahe auf alle Titel in Pandekten und Codex, welche vom Pfandrecht handeln. Man sehe noch Du Roi im civil. Archiv Thl. 6. S. 405.

10) l. 2. C. de pign. (8, 14.) Nov. 112. c. 1. Angeführt möge nur noch seyn, daß das Gesetz, da es von dem Rechte handelt, einen Verkauf wegen einer Eigenschaft der Sache anzufechten, nothwendig eine dingliche Eigenschaft, also Sicherheit vermöge eines dinglichen Rechts, eine Verpfändung im Auge haben müsse.

besteller veräussern und übergeben können, so muß er im Besitze der verpfändeten Sache verblieben seyn; soll er seine Sachen im Allgemeinen verpfänden können, so geht das nicht anders an, als daß er im Besitze bleibt. Das Gesetz kennt mithin eine durch Sachen und durch dingliche Rechte an denselben gegebene Sicherheit ohne Uebertragung des Besitzes, es kennt das, was man Hypothek nennt, eine Verpfändung, ohne daß der Gläubiger den Besitz erhält.

So viel für die frühere Zeit! Ob später im Mittelalter die Verpfändung in der Form eines Verkaufs und Rückkaufs mehr Sitte wurde [11]), steht noch sehr dahin. Denn das ist doch wohl gewiß, daß der Pfandberechtigte nicht Eigenthümer wurde, wenn die verpfändete Sache eine bewegliche war. Zeugen dessen sind die Bestimmungen, daß der Gläubiger die Sache nicht benutzen durfte, es wäre denn mit des Schuldners Willen und Urlaub, und daß er für alles Verschulden (culpa) haftete [12]). Es ist aber zunächst kein Grund vorhanden, warum man diese Bestimmungen, ob sie schon nur an Beispiele beweglicher Sachen geknüpft sind, nicht auf alle und jede Verpfändung beziehen dürfte [13]).

Für die entgegenstehende Ansicht entscheidet übrigens das nicht, daß man in dieser Periode unbewegliche Sachen nur im ächten Ding verpfänden durfte. Denn man nahm Veräusserung im weitern Sinn, begriff auch die Uebertragung eines dinglichen Rechts darunter, wie man gleichfalls in Hinsicht des Erben den Begriff der Veräusserung so weit nahm; und vielleicht wurde es gerade

---

11) Heinec. l. c. §. 319. u. f. Eichhorn l. c. Thl. 2. §. 361.

12) Schwabenspiegel art. 243. Sachsenspiegel lib. 3. art. 5.

13) Wenn Eichhorn behauptet, daß mit dem zufälligen Verlust der Sache auch die Forderung verloren gegangen sey, so ist das nur im Allgemeinen wahr, nnd sofern „das Gelübde nicht anders stand." Sachsensp. l. c.

deßhalb Sitte, auch bei Verpfändungen zu ächtem Ding zu gehen, weil man beim Erben die Veräusserung so sehr ausdehnte, und um sich gegen ihn sicher zu stellen [14]).

Was dagegen für unsere Ansicht hauptsächlich spricht, ist erstlich, daß man nicht recht einsieht, wie man den frühern reinern Begriff des Pfandrechts, als bloßen dinglichen Rechts ohne Uebertragung des Eigenthums damit zu vermengen, einen Begriff, den man auch bei beweglichen Sachen gewiß noch festhielt, gerade bei unbeweglichen Dingen verloren haben sollte.

Zweitens unterscheiden die Rechtsbücher jener Zeit gerade bei unbeweglichen Sachen genau zwischen Verkauf und Verpfändung. Man lese nur:

Jus Lubecens. Tit. I. art. 15. Vir non potest impignorare, vendere vel dare uxoris suae immobilia — — — nisi legitima necessitate cogente, vel si in proprietatem dare deberet, id facere poterit.

Eod. art. 20. Cum aliquis egreditur de terra et reliquerit post se possessiones suas, quando notum est eas esse expeditas, nemo potest eas emere de jure, vel recipere in pignore sicut sibi expediat.

Wie dem auch sey, so läßt sich unter keinen Umständen bestreiten, daß man von der Zeit an, wo eine unbewegliche Sache mit einem Zins ohne Uebertragung der Gewehre belastet und der Schuldner nicht mehr aus derselben vertrieben werden konnte, eine Art Verpfändung hatte, die nicht nur keine Uebertragung des Eigenthums enthielte, sondern auch von der Hypothek kaum noch unterschieden werden mochte [15]).

---

14) Eichhorn l. c. Thl. 2. §§. 359 — 361 a. J. H. Böhmer, Exercit. ad Pand. Tom. 3. exerc. 60. c. 2. §. 3.

15) Fischer, Geschichte d. teutschen Handels Thl. 1. Abhandl. 36. S. 285. u. f. Danz, teutsches Privatrecht Thl. 2. §. 203. Eichhorn l. c. §§. 261. u. 268. Thl. 3. §. 450.

Als endlich diese Hypotheken nach und nach allgemeiner wurden, das römische Recht mit allen seinen gesetzlichen und generellen Pfandrechten allmählig Eingang erlangte, und der Sinn alter vaterländischer Institutionen in den Hintergrund trat, da rettete sich noch hie und da, gleichsam als Ueberbleibsel, die Bestimmung, daß man Immobilien nur unter Autorität der Obrigkeit verpfänden könne, oder doch ein so bestelltes Pfand einen Vorzug genießen solle [16]). Troz dem muß man bekennen, daß der unterschobene Grund wenig historische Wahrheit enthielt, nehmlich der, der Gläubiger solle durch die Oeffentlichkeit mehr gesichert werden, der Schuldner leichter Credit bekommen [17]), ob es schon natürlich war, daß man nach Verstandes-Gründen suchte, sobald man vielleicht nicht mehr wußte, woher die Einrichtung und woher der Vorzug. War man doch so weit, die öffentlichen Verpfändungen in Teutschland aus dem römischen Recht und der l. 11. C. qui pat. in pign. abzuleiten [18])! Aus dem Zwecke, welchen man der Oeffentlichkeit gab und woraus man sie ableitete, gieng denn auch der Glauben an eine subsidiarische Verbindlichkeit der Obrigkeit hervor [19]), so wie diese subsidiarische Verbindlichkeit wieder rückwärts auf die ohnehin historisch begründete Annahme führte, einem öffentlichen Pfande müsse eine Untersuchung und ein Erkenntniß vorangehen. Indessen ist es nicht begreiflich, wie man, sollte anders für die Sicherheit des Gläubigers hinlänglich gesorgt, und sogar die Obrigkeit

---

16) Harpprecht, de pign. publ. §§. 17. u. 18. Puffendorf, observ. jur. univ. Tom. 3. obs. 206. §§. 1 — 5. Hellfeld, de praerog. pign. publ. §§. 39. u. 40.

17) Hellfeld l. c. §§. 37. u. 43. Gmelin, Ordnung der Gläubiger §. 109. Böhmer, Exerc. I. c. §. 4.

18) Harpprecht in der angeführten Dissertation.

19) Cramer, observat. obs. 822. Tom. 3.

verantwortlich gemacht werden, die Eintragung vorgenommener Verpfändungen in ein öffentliches Buch zwar vorschreiben, die Gültigkeit des Pfandes aber von dem öffentlichen Eintrag durchaus unabhängig machen konnte [20]).

3) In Würtemberg dagegen hielt man früher sehr stark an der überlieferten teutschen Sitte, eine Verpfändung liegender Güter nur vor der Obrigkeit zu bestellen. Denn nach den zwei ersten Landrechten war keine Verpfändung liegender Güter gültig, sie war denn in das Gerichtsbuch eingetragen worden. Das neueste Landrecht hob diese Bestimmung wieder auf und näherte sich vollkommen den römisch-rechtlichen Ansichten. Erst spätere Verordnungen setzten die öffentlichen Verpfändungen wieder etwas mehr in ihre Würde ein, ordneten Hypothekenbücher an, forderten ein gerichtliches Erkenntniß, machten die Obrigkeit verantwortlich, und gaben den öffentlich bestellten einen Vorzug vor den gesetzlichen und den privatim bestellten Pfandrechten [21]).

Wenn indessen auch sie die Absicht hatten den Gläubiger dadurch zu sichern, so vermochten sie den Zweck nicht zu erreichen, weil es neben den öffentlichen noch viele andere Pfänder gab, und die Rechtsgelehrten die Meinung durchsetzten, daß ein öffentliches Pfand selbst alsdann vorhanden seyn könne, wenn dasselbe auch weder in das Unterpfandsbuch noch in das Gerichtsprotokoll

---

20) Hellfeld l. c. §. 41. Hoffacker, de praerog. pign. pub. §. 25. Gmelin l. c. S. 421. u. f.

21) General-Rescript vom 20. Jul. 1620, vom 24. Mai 1663. Bei Gerstlacher, Sammlung würtemb. Gesetze I. §. 88. Dessen Extrakt von General-Resc. S. 60. General-Resc. vom März 1736, vom 9. Mai 1743. Bei Gerstlacher I. §. 43. Man sehe noch über das rein Würtembergische: Volley von öffentlichen Unterpfändern §. 16. Gmelin l. c. §. 110.

eingetragen wurde [22]). Denn auf diese Weise war es ja doch nie mögiich, die bereits geschehenen, sogar öffentlichen Verpfändungen mit ihren Rechten und Vorzügen kennen zu lernen.

In dieser Lage fand der Gesetzgeber unser Pfandrecht. Er faßte den Zweck, welchen man der öffentlichen Verpfändung zu geben gewohnt war, die Sicherheit des Gläubigers, den leichern Credit des Schuldners, stärker auf, ergriff, was er bereits in den vaterländischen Gesetzen vorfand, bildete es mit größerer Consequenz aus, gieng einen Schritt rückwärts zu der altgermanischen Einrichtung, und kam so zu dem Ausspruch, daß ein Unterpfand nur unter Mitwirkung der Obrigkeit und durch Eintragung in das dazu bestimmte Buch bestellt werden könne.

4) Was ist nun ein Unterpfand? Die beste Antwort wäre allerdings die, welche uns der Sprachgebrauch ertheilte. Allein weder der allgemeine noch der gesetzliche Sprachgebrauch hatte bisher mit dem Worte Unterpfand einen bestimmten, und bestimmte Verpfändungen bezeichnenden Begriff verbunden [23]).

Suchen wir zunächst, was Unterpfand sey, durch den Gegensatz zu erfahren. Unser Gesetz stellt dem Unterpfand das Faustpfand gegenüber (Art. 1.). Leicht könnte es mithin scheinen, daß wir die Bedeutung des Unterpfands kennen, sobald wir die des Faustpfands kennen, indem Unterpfand seyn müsse, was nicht Faustpfand ist.

Faustpfand ist aber das dingliche Recht an einer beweglichen, in den Besitz des Gläubigers gegebenen Sache, zur Sicherheit seiner Forderung. Wir rechtfertigen die-

---

22) Bolley l. c. §. 97. Gmelin l. c. S. 442. Weishaar, würtemb. Landrecht §. 528.

23) Man siehe das Würtemb. Land-Recht, Thl. 2. Tit. 7. fast allenthalben.

sen Ausspruch erstlich mit dem Gesetze selbst, wodurch ein dingliches Recht, das wir Faustpfand nennen, blos durch Uebergabe der verpfändeten Sache bestellt werden kann, zweitens mit den Motiven des den Ständen vorgelegten Entwurfs, welche ganz deutlich sagen: „das Faustpfand sey seinem Begriff nach auf fahrende Habe beschränkt.“ Demzufolge würde Unterpfand vorhanden seyn, wenn das Pfandrecht immerfort auf einer unbeweglichen Sache haftete und diese Sache nicht in den Besitz des Gläubigers käme. Dennoch wäre diese Behauptung durchaus falsch.

Denn die Eigenschaft des Unbeweglichen ist zwar beim Unterpfand wesentlich, doch nicht der Mangel des Besitzes. Nach dem Gesetze ist die Antichrese gestattet; diese ist aber in der Regel mit dem Besitze vereinigt. Die Motive des den Ständen vorgelegten Entwurfs lassen hierüber kaum einen Zweifel [24]). Ohnedieß steht es ja doch jedem Schuldner frei, eine verpfändete unbewegliche Sache sogleich dem Gläubiger in Besitz zu geben; und hätte er dabei die Verpfändung unter Mitwirkung der Obrigkeit und durch Eintrag in das öffentliche Buch vorgenommen, so würde ein Unterpfand vorhanden seyn, ohne daß Mangel des Besitzes auch nur einen Augenblick einträte.

Eine andere Frage ist aber freilich die, ob Unterpfand und Faustpfand sich nicht auf dieselbe Weise unterscheiden, wie nach dem bisherigen Rechte sich hypotheca und pignus unterschieden.

---

24) „Die Antichrese über ein liegendes Gut — bewirkt für sich kein Unterpfand, weil dieses einzig und allein durch Eintragung in das Unterpfandsbuch erworben werden kann.“

„Wohl aber bleibt die Antichrese, wenn sie mit einer wahren Unterpfandsbestellung — verbunden wird, immerhin als ein accessorischer Vertrag gültig.“

Zwischen denselben bestand nämlich der eigentliche von den Gesetzen herausgehobene Unterschied in dem Verhältniß des Berechtigten zur verpfändeten Sache. Beim pignus bekam er den Besitz, und entbehrte denselben bei der Hypothek. Dabei war aber durchaus keine Rücksicht auf bewegliche oder unbewegliche Sachen genommen; jene wie diese konnten Gegenstand des pignus oder der hypotheca seyn. Dafür sprechen schon die bisher gestatteten allgemeinen Verpfändungen; dafür spricht das sogenannte pignus praetorium, welches vielfach Unbewegliches trifft und doch erst durch den Besitz entsteht [25]). Dafür sprechen endlich ausdrückliche Gesetze, indem dieselben theils bei unbeweglichem Gute ein pignus, theils bei beweglichem eine hypotheca voraussetzen, und als etwas Erlaubtes, rechtlich Mögliches voraussetzen [26]).

Dagegen ist es nach unserm Gesetze ausser allem Bedenken, daß ein Faustpfand nie bei unbeweglichen, ein Unterpfand nie bei beweglichen Sachen Statt findet; nicht weniger haben wir so eben gesehen, daß der Mangel des Besitzes beim Unterpfand nicht wesentlich ist. Prüfen wir indessen genauer! Man kömmt leicht zu der Behauptung, daß der von den Gesetzen zwischen pignus und hypotheca gemachte Unterschied etwas ganz Anderes bedeute, als die verschiedene Art, wie man ein Pfandrecht erlangen könne. Man kömmt leicht dazu, weil man annimmt, die Erwerbungsart gehöre nicht zum Begriff des Erworbenen, und weil man Bestehendes und

---

25) l. 26. §. 1. D. de pigner. act. (13, 7.)

26) l. 8. pr. l. 15. l. 25. D. eod. l. 11. §. 2. l. 13. §. 3. l. 23. l. 32. l. 34. pr. D. de pign. (20, 1.) l. 9. D. in quib. caus. (20, 2.) l. 11. §. 2. D. qui pot. in pign. (20, 4.) Man siehe noch Bachov de pignoribus I. 1. Glücks Commentar, Thl. 14. S. 4. Auch das würtemb. Landrecht gebraucht die Worte: Unterpfand, Pfand, ohne allen Bedacht auf den verpfändeten Gegenstand, Thl. 2. Tit. 7. §§. 1. 4. 5. 11.

gesetzlich Ausgesprochenes so gerne dem, was sich Philosophie nennt, anzupassen sucht.

Dessen ungeachtet haben unsere bisher geltenden Gesetze pignus und hypotheca blos nach der Art bestimmt, wie man bald so bald so ein dingliches Recht zur Sicherheit erlangt.

§. 7. J. de act. (4, 6.) Nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori. — — At eam quae sine traditione nuda conventione tenetur, proprie hypothecae appellatione contineri dicimus.

Also wenn die Sache zugleich übergeben wird, ist pignus vorhanden; hypotheca aber, wo das dingliche Recht durch bloßen Vertrag ohne Uebergabe der Sache entsteht.

Der Unterschied bezieht sich darauf, ob zur Zeit, wo daß Pfandrecht bestellt wird, der Gläubiger den Besitz der Sache erlangt, der Vertrag also re zu Stande kommt, oder ob er den Besitz nicht erhält, und folglich eine nuda conventio, ein sogenanntes pactum seinem Rechte den Ursprung gibt. Daher erklärt auch das Gesetz an einer andern Stelle pignus im Allgemeinen sowohl, als Gattung, so wie im Gegensatz der hypotheca als Art einzig und allein durch die Weise, wie ein Pfandrecht gegeben und erworben wird.

L. 1. pr. D. de pign. act. Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione.

Hier ist pignus für Pfandrecht überhaupt genommen, wo es das pignus proprie dictum und die hypotheca unter sich begreift.

L. 9. §. 2. D. eod. Proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit, hypotheca cum non transit nec possessio ad creditorem.

Man glaube aber nicht, daß wir uns hier blos mit Spitzfindigkeiten abgeben. Zunächst ist die Sache wichtig, wenn etwa der Gläubiger später in den Besitz der

hypothecirten Sache kommt. Denn bezieht man den Unterschied zwischen pignus und hypotheca nicht blos auf die Zeit, wo das Pfandrecht entsteht, so müßte man von einem jeden Gläubiger, der irgend einmal in den Besitz der verpfändeten Sache kommt, sagen, er habe ein pignus. Wir hingegen nehmen an, daß sobald das Pfandrecht ursprünglich nuda conventione, ohne Uebergabe entstand, auch später, wenn der Besitz hinzukommt, aus einer hypotheca nie mehr ein pignus werden könne. Denn wir sehen blos auf die Zeit des Erwerbs, und unterscheiden pignus von hypotheca den Gesetzen gemäß nach der Art, wie man das Pfandrecht errichtet.

Wenden wir diese in dem bisherigen Rechte enthaltenen Ansichten analog auf unser neues Pfandgesetz an, so würden wir zwar immer noch vom Faustpfand sagen können, es sey das durch Uebergabe entstandene Pfandrecht. Allein beim Unterpfand reichte doch die bloße Uebereinkunft nicht hin, so wenig auch eine Uebertragung des Besitzes nothwendig erschiene. Das Gesetz fordert noch Mitwirkung der Obrigkeit und Eintragung in das öffentliche Buch. Folglich müßten wir den Unterschied zwischen Faustpfand und Unterpfand so stellen, daß Faustpfand den Besitz auf den Gläubiger übertrage, und dadurch entstehe, Unterpfand aber auch ohne Uebertragung des Besitzes, und nur durch den unter Mitwirkung der Obrigkeit vorgenommenen Eintrag sein Daseyn erhalte.

Nicht genug! Nach unserm Gesetze kann nur eine bewegliche Sache zum Faustpfand gegeben werden. Wir dürften also dieses Pfand nicht blos in manchen Fällen [27]),

---

27) Der Römer freilich, dessen pignus durchaus nicht allein auf res mobiles beschränkt war, konnte sich nicht anders ausdrücken, als pignus sey vorhanden, wenn die Sache dem Gläubiger übergeben werde, maxime si res mobilis sit. —

sondern wir müßten es unbedingt nur auf bewegliche Sachen beziehen.

Ferner sind in der Regel nur unbewegliche Sachen Gegenstand des Unterpfands. Recht füglich möchten wir daher diese durch keine einzige Ausnahme beschränkte Regel die wesentlichen Merkmale des Unterpfands mit bestimmen lassen, und die Sätze aufstellen: Faustpfand sey das an einer beweglichen, in den Besitz des Gläubigers kommenden Sache erworbene, Unterpfand aber das an einer unbeweglichen Sache durch Eintrag in das öffentliche Buch und unter Mitwirkung der Obrigkeit bestellte dingliche Recht zur Sicherheit einer Forderung *).

5) Das neue Gesetz kennt nur zwei Arten von Verpfändungen, die, wodurch ein Faustpfand, und die, wo-

---

*) Wenn unser Gesetz (im Art. 1.) Unterpfand durch das Wort Hypothek erläutert, so kann damit nicht gesagt seyn, daß Beides identische Begriffe seyen, und Unterpfand ganz das, was man bisher Hypothek nannte. Denn, wie wir nachgewiesen haben, heißt Hypothek ein nicht durch Uebergabe des Besitzes, nicht re, sondern durch einfache Verabredung erworbenes dingliches Recht. Unterpfand aber kann nach unserm Gesetze durchaus nicht ein auf diese Weise erworbenes Recht bedeuten, da das dingliche Recht, welches vom Gesetz Unterpfand genannt wird, nie durch bloße Uebereinkunft, sondern allein durch den Eintrag in das öffentliche Buch erworben wird. Nothwendig kann daher das Gesetz mit dem Erläuterungs-Worte: Hypothek, nur das aussprechen wollen, daß das Unterpfand ähnlich der Hypothek nicht durch Uebertragung des Besitzes, nicht re entstehen könne, also auch nicht den Besitz voraussetze. Eben so wenig konnte es im Widerspruche mit sich selbst den Mangel des Besitzes als wesentlich darstellen wollen. Wesentlich ist ihm nur der Erwerb durch Eintrag; der Besitz selbst ist weder positiv noch negativ erforderlich, um das dingliche Recht, Unterpfand genannt, zu erwerben. Auf der andern Seite dagegen kann in dem Worte: Hypothek, auch nicht das liegen, daß wie bei der Hypothek, der Gegenstand keinen Unterschied mache; da nur eine unbewegliche Sache zu Unterpfand gegeben werden kann,

durch ein Unterpfand bestellt wird. Es theilt diesem gemäß alle verpfändbaren Gegenstände in zwei große Klassen, in bewegliche und unbewegliche Gegenstände ein, macht jene zum ausschließlichen Gebiete des Faustpfands, unterwirft diese allein dem Unterpfand.

Keine bewegliche Sache kann anders als durch Uebergabe, keine unbewegliche anders als unter Mitwirkung der Obrigkeit und durch Eintrag in das öffentliche Buch verpfändet werden. Die Erörterungen, welche das Faustpfand betreffen, sparen wir für den dazu passenden Ort auf, und handeln hier einzig von dem Unterpfande.

Indem keine unbewegliche Sache anders verpfändet werden kann, als durch Mitwirkung der Obrigkeit und vermöge eines Eintrags in das Unterpfandsbuch, haben wir eine neue, höchst bedeutende Abänderung in dem bisherigen Pfandsysteme erhalten.

Es gab auch nach diesem Verpfändungen, welche unter öffentlicher Autorität vorgenommen wurden, und die sich, sofern sie so vorgenommen wurden, eines Vorzugs zu erfreuen hatten. Allein abgesehen davon, daß der Eintrag in ein öffentliches Buch nicht wesentlich war, um ihnen die Eigenschaft einer öffentlichen Verpfändung mitzutheilen, so konnten unbewegliche Güter auch durch eine bloße Privatübereinkunft, ohne alle Theilnahme der Obrigkeit verpfändet werden. Sie konnten einzeln und speziell auf diese Weise mit einem Pfandrechte belegt werden, sie konnten aber auch in Masse verpfändet werden, und waren mit in einer allgemeinen Verpfändung der Güter enthalten. Ferner ließ nicht selten das Gesetz selbst, ohne alle Uebereinkunft der Parthien, unbeweg-

---

und die Unbeweglichkeit des Gegenstandes mithin wesentliches Requisit des Unterpfands ist.

Wir haben die Art der Erwerbung und die wesentliche Eigenschaft des Gegenstands in den Begriff des Faustpfands wie des Unterpfands aufgenommen.

liche Güter als Pfand haften. Alles das hört nun nach dem neuen Pfandgesetze auf. Es gibt keine andere Verpfändung von unbeweglichem Gute mehr als die, welche unter Mitwirkung der Obrigkeit und durch Eintrag in ein dazu bestimmtes Buch geschieht.

Mitwirkung der Obrigkeit und Eintrag in das Unterpfandsbuch sind Beides so sehr wesentliche Erfordernisse des Unterpfands, daß, wenn das Eine oder das andere fehlt, nicht nur kein öffentliches, sondern gar kein Pfandrecht vorhanden ist.

Haben mithin die Parthien vermöge einer Uebereinkunft unbewegliche Güter mit einem Pfandrechte belastet und es ist dieses Pfandrecht nicht durch Mitwirkung der Obrigkeit und Eintrag in das öffentliche Buch bestellt worden, so sind die Sachen frei. Dem Gläubiger steht kein dingliches Recht zur Sicherheit an denselben zu. Es kann ihm jene Uebereinkunft höchstens einen Anspruch darauf geben, daß den bezeichneten unbeweglichen Sachen ein Pfandrecht auferlegt werde, indem man die Verpfändung unter Mitwirkung der Obrigkeit und durch Eintrag vornimmt; aber so lange das nicht geschehen, hat er auch Nichts ausser jenem Anspruch, keine verhaftete Sache, kein dingliches Recht. Er kann den Eintrag unter Mitwirkung der Obrigkeit vielleicht verlangen; aber diese Befugniß, daß ihm ein dingliches Recht, ein Pfandrecht bestellt werde, ist und enthält noch nicht das Pfandrecht selbst.

So wenig er mithin gegen dritte Besitzer der ihm als Gegenstand des Pfandrechts bezeichneten unbeweglichen Sachen ein Recht hat, so wenig hat er ein dingliches Recht gegen den Schuldner selbst geltend zu machen. Wenn auch sonst unter den Contrahenten Rechtsverhältnisse entstehen können; ein dingliches, d. h. ein, einer Sache anhängendes Recht kann nicht angesprochen werden, so lange es nicht erworben ist. Erworben ist es hier aber nicht durch die bloße Uebereinkunft. Gleich-

mäßig kann nun nicht mehr durch das bloße Gesetz, an und für sich ein dingliches Recht, das man Pfandrecht nennt, entstehen. Es ist wohl möglich durch das Gesetz unmittelbar einen Anspruch auf die Erwerbung eines Pfandrechts zu erlangen; dieser Anspruch ist aber von dem Pfandrechte selbst höchst verschieden, noch nicht dieses selbst.

Vielmehr wird dasselbe unter allen Umständen einzig und allein, sofern der Gegenstand desselben eine unbewegliche Sache ist, d. h. sofern es ein Unterpfand seyn soll, durch den unter Mitwirkung der Obrigkeit vorgenommenen Eintrag in das Unterpfandsbuch erworben *).

---

*) Worin die Mitwirkung der Obrigkeit bestehe, wie weit sie sich erstrecke, welche Obrigkeit mitwirken, und unter welcher Form mitgewirkt werden müßte; was man unter dem Eintrag verstehe, auf welche Art er vorgenommen werde, das Alles wird sich weiter unten an dem gehörigen Orte ergeben.

Nicht weniger werden wir weiter unten das Verhältniß der obrigkeitlichen Mitwirkung zum Eintrag in das Unterpfandsbuch kennen lernen.

Hier ist nur soviel festzuhalten nothwendig, daß obrigkeitliche Mitwirkung nicht weniger wesentlich sey als der Eintrag. Denn das Gesetz verlangt Beides zusammen. In wie fern aber die Mitwirkung präsumirt wird, wenn der Eintrag vorhanden, wird eine später zu erörternde Frage seyn. Sollte sich auch eine solche Vermuthung gesetzlich bestätigt finden, sollte sie sogar in einem gewissen Sinne keinen Gegenbeweis zulassen, so sind wir deßhalb doch nicht gehindert, Eintrag und Mitwirkung im Begriffe zu sondern, wie sie es auch dem Rechte nach sind, ob schon der Beweis der Einen durch das Daseyn des Andern als geführt erscheine.

Indem das Gesetz die Mitwirkung der Obrigkeit erfordert, und darunter, wie sich weiter darthun wird, ein obrigkeitliches Erkenntniß versteht, hat dasselbe einen nach Geschichte, Gesetzen und der Praxis richtigen Satz, daß ein öffentliches Unterpfand im Sinne des bisher geltenden

Gegenstand des Unterpfands.

Art. 3.

Gegenstand der Unterpfands-Bestellung sind unbewegliche Sachen und Rechte, welche den Immobilien gleichgekommen.

Ausserdem können bewegliche Dinge, welche Zubehörungen von Immobilien sind, so lange sie diese Eigenschaft haben, verpfändet werden.

Art. 4.

Forderungen, sie mögen durch Unterpfänder versichert seyn oder nicht, können nur Gegenstand eines Faustpfandes seyn; vorbehältlich jedoch der in gegenwärtigem Gesetze zur Sicherheit des Verkehrs mit Hypothekar-Forderungen ertheilten besondern Bestimmungen.

Wir haben bereits von einer Bestimmung dieser Artikel, wonach nur unbewegliche Sachen zum Unterpfand

---

Rechts auch ein obrigkeitliches Erkenntniß fordere, wenn auch in einem andern Geiste wieder aufgenommen.

Eintrag in das Unterpfandsbuch unter Mitwirkung der Obrigkeit ist schon nach unserm Artikel in dem Grade wesentlich, daß wir uns allerdings mit dem Wunsch der Stände nicht vereinigen könnten, welcher dahin gieng, bestimmt auszudrücken:

„Wurde das Unterpfand nicht in das Unterpfandsbuch eingetragen, so ist es schlechterdings nichtig, selbst wenn von der Obrigkeit ein Hypothekenschein ausgestellt worden seyn sollte."

Treffend erwiederte die Regierung diesen Antrag mit der Bemerkung: „Der wörtlich anzuführende Satz sey eine

bestellt werden können, gleichsam anticipirend gesprochen und wollen sie nun etwas mehr begründen.

Der Art. 3. weißt dem Unterpfand das Unbewegliche zunächst als Gebiet an, indem er sagt, Gegenstand des Unterpfands seyen unbewegliche Sachen. Eben damit aber, daß er dieses Gebiet zunächst positiv begränzt, begränzt er dasselbe auch negativ, und schließt das Bewegliche davon aus.

Bewegliche Sachen können nur alsdann zum Unterpfand bestellt werden, wenn sie „Zubehörungen von Immobilien" sind, also nur sofern sie selbst den unbeweglichen Dingen gleichstehen. Sie können nur „so lange" zum Unterpfand bestellt werden, als sie Zubehörungen sind, mithin nur so lange, als sie für unbeweglich gelten.

In sofern sie nicht Zubehörungen von Immobilien sind, und eben deßwegen nicht selbst für unbeweglich angesehen werden, können sie nicht Gegenstand des Unterpfands werden. Zum deutlichen Beweise, daß sie als „bewegliche Sachen" nie bei der Bestellung Gegenstand des Unterpfands sind, dieses vielmehr wesentlich sich nur auf Unbewegliches erstreckt.

1) Gegenstand des Unterpfands sind nach dem Gesetze: unbewegliche Sachen. Welche Sachen aber unbeweglich seyen, darüber erhalten wir hier keinen Aufschluß und müssen uns deshalb an die sonst bekannten Rechtsansichten halten. Nach diesen wird unter die beweglichen Sachen zuerst alles gerechnet, was entweder

---

nothwendige Folgerung aus dem vorliegenden Artikel und aus einem anderu, worin es heißt, daß das Unterpfand nur durch den Eintrag erworben werde." Trotz dem bestanden die Stände auf ihrem Antrag, aus Furcht, die Doctrin möchte auch das Unverkennbarste verkennen. Dieß war die Veranlassung des Beisatzes zu Art. 47. unsers Gesetzes (Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten drittes ausserordentliches Beilagen-Heft. 2te Abtheilung. S. 379. 433. u. 454.).

an sich, von Natur, und doch ohne Zerstörung und Auflösung nicht bewegt, nicht von einem Orte zum andern gebracht werden mag, Grundstücke und Gebäude. Gleicher Weise ist als unbeweglich zu betrachten, was mit einer unbeweglichen Sache durch Natur oder Kunst der Gestalt verbunden ist, daß es ohne Verletzung nicht von ihr getrennt und eben deßhalb als ein Theil derselben angesehen werden kann [1]).

2) Das Gesetz sagt ferner, daß bewegliche Sachen als Zubehörungen von Immobilien zum Unterpfand gegeben werden können. Zubehör heißt theils alles durch Natur oder Kunst mit einer Sache Vereinigte, theils auch alles zum Gebrauch einer Sache Bestimmte und bereits Verwendete [2]). Es ist aber von selbst klar, daß bewegliche Dinge, welche zu einer andern beweglichen Sache in demselben Verhältnisse stehen, in welches diese zu einer unbeweglichen steht, selbst als unbeweglich gelten müssen [3]).

Welche Sachen nun, diesen Grundsätzen gemäß, für unbeweglich gelten, läßt sich nicht im Einzelnen erörtern. Nur Beispielsweise und gleichsam zur Erläuterung wollen wir Einiges näher bezeichnen.

So gehören Pfähle in den Weinbergen, welche zum beständigen Gebrauche bestimmt und auch schon verwen-

---

1) l. 18. pr. D. de act. emt. (19, 1.) l. 1. §. 6. 8. D. de vi (43, 16.) l. 211. D. de V. S. (50, 16.) Thibaut P. R. Thl. 1. §. 259. Mackeldey, Lehrbuch des R. R. §. 137. l. 80. §. 2. D. de contr. emt. (18, 1.) l. 9. D. de per. et com. (18, 6.) l. 44. D. de rei vind. (6, 1.)

2) l. 17. §§. 2. 7. u. f. D. 19. 1. l. 242. §. 4. D. 50. 16. Im weitern Sinne heißt Zubehör gleichsam Alles, was mit einer Sache gefordert werden kann, omnis rei causa, z. B. Früchte, die schon getrennt sind, sogar solche, die nie existirten, die man aber hätte beziehen können. Man vgl. l. 20. D. 6. 1. l. 31. D. 12. 1. l. 2. D. 22. 1. mit l. 17. §. 1. D. 19. 1. l. 9. D. 18. 6.

3) arg. l. 12. §. 6. D. 33. 7.

det sind, wie der Weinberg selbst zu den unbeweglichen Dingen. Unbeweglich sind ferner die Früchte eines Guts, so lang sie noch nicht vom Boden getrennt worden; eben so der Ertrag von Bergwerken [4]). Ferner gilt das Vieh für unbewegliches Gut, welches man eisern zu nennen pflegt, weil es ganz enge mit dem Gute verbunden ist. Es kann um so mehr dafür gelten, als hier ganz die Analogie der Servi rustici entscheiden muß, welche als Theil des unbeweglichen Guts angesehen und ausdrücklich res immobiles genannt werden [5]). Nicht weniger werden zu den unbeweglichen Sachen die Gefässe und Geräthschaften gezählt, welche man bei der Betreibung eines Gewerbs benützt, sofern dieses Gewerbe mit einem unbeweglichen Gute verbunden ist, und jene wie zum beständigen Gebrauche des Guts bestimmt sind [6]).

3) Diese für unbeweglich anzunehmenden Gegenstände können zu Unterpfändern gegeben werden, und zwar, sofern sie an sich unbeweglich sind, wie Grundstücke und Gebäude, unbedingt. Sofern sie aber nur in Beziehung auf eine an sich selbst unbewegliche Sache für unbeweglich gelten, wie z. B. Zubehörungen, da bleibt immer noch die Frage zu erörtern: können sie auch allein, ohne die Hauptsache Gegenstand des Unterpfands seyn? Für die Verneinung spräche das, daß diese Dinge nur in ihrer Verbindung mit der Hauptsache für unbe-

---

4) l. 17. §. ult. D. 19. 1. l. 7. §§. 13. 14. D. 24. 3.

5) l. 112. pr. D. de leg. I. l. 7. C. de agric. (11, 47.) Nov. 7. pr. u. c. 1.

6) Glück, Commentar Thl. 2. §. 173. Berger, Oeconomia jur. l. 2. Tit. 1. §. 7. Ueberhaupt vergleiche man über diese Lehre: Paul Voet, disquisitio juridica de rebus mobilibus et immobilibus. Hommel, Pertinenz- und Absonderungs-Register. Hoffacker, princ. Tom. II. §§. 722 — 732. Thibaut, Pand.R. Thl. 1. §§. 259 u. 265. v. Wening-Ingenheim, Lehrb. Thl. 1. B. 1. §§. 115 u. 120.

weglich gelten, an und für sich selbst hingegen zu den beweglichen Sachen gehören.

Auf der andern Seite bleibt es übrigens wahr, daß solches Bewegliche in der Verbindung mit Unbeweglichem einmal für unbeweglich gilt. Das eiserne Vieh gilt z. B. für unbeweglich, so lange es eisern, mit dem Gute verbunden ist. Es erhält diese Eigenschaft zwar durch den Zusammenhang mit einem Unbeweglichen, aber sie gehört ihm denn doch, nachdem es diesen Zusammenhang hat, für sich selbst zu. Mit allem Fug glauben wir daher, daß solche bewegliche Sachen, so lange sie den Immobilien angehören, auch für sich selbst als Zubehörungen der Art ohne die Hauptsache verpfändet werden können. Was unsere Ansicht ferner unterstützt, das sind die Worte des Gesetzes. Diese sprechen allgemein aus, daß bewegliche Dinge als Zubehörungen von unbeweglichen verpfändet werden mögen. Sie fordern aber nicht, daß die Hauptsache, das an und für sich Unbewegliche mit verpfändet werde, sondern nur, daß das Bewegliche einem Unbeweglichen angehöre.

Das Gesetz sagt: „bewegliche Sachen .... können verpfändet werden.“ Offenbar heißt es soviel, sie können ausdrücklich verpfändet werden. Ließe es sich nun nachweisen, daß sie, wenn die Hauptsache verpfändet wurde, von selbst schon als Zubehör mit verpfändet sind, ohne daß sie ausdrücklich mit verpfändet worden, so dürften und müßten wir dem §. 3., wenn er nicht Unnützliches bestimmen soll, nur die Deutung geben, daß bewegliche Sachen als Zubehörungen auch für sich allein ohne das Hauptgut verpfändet werden mögen. Nun läßt es sich allerdings nachzeigen, daß bewegliche Zubehör in der Verpfändung des Hauptguts von selbst begriffen ist. Der den Ständen vorgelegte Entwurf enthielt im Einklang mit dem bisher Geltenden im §. 51. die Bestimmung:

„Das Unterpfand begreift in sich:
1) die Hauptsache mit den etwaigen Zubehörungen."
Der ständische Ausschuß war damit einverstanden, und verlangte nur eine ausdrückliche Bezeichnung dessen, was man als Zubehör zu betrachten habe, natürlich unter der Voraussetzung, daß diese Eigenschaft nicht schon an sich klar sey.

Die ständische Commission dagegen machte den Antrag auf folgende Abänderung:

„auf diejenigen beweglichen Dinge, welche als Zubehörung von Immobilien mit verpfändet wurden."

Dieser Antrag wird von den Ständen mit dem Beisatze der von dem Ausschuß verlangten „ausdrücklichen Bezeichnung" angenommen und in der Adresse an die Regierung gebracht*).

Diese aber lehnte ihn in ihrer Antwort (zu Antrag VI. der Adresse) stillschweigend ab. Die Stände beruhigten sich dabei, und unser Gesetz enthält auch wirklich die ursprüngliche Bestimmung des Entwurfs (Art. 49.).

Aus dieser Zusammenstellung geht hervor, daß der ursprüngliche Entwurf des Gesetzes die Zubehörungen als von selbst mit der Hauptsache verpfändet ansahe, daß die Stände damit nicht einverstanden waren, sondern eine ausdrückliche Mitverpfändung der Zubehörungen verlangten, daß es endlich denn doch bei dem Entwurf blieb. Diese Deutung der Ausdrücke des Entwurfs, und unsers Gesetzes wird wohl durch den nicht genehmigten Widerspruch der Stände über allen Zweifel erhaben scheinen. Muß demnach die Zubehör, sofern man nur weiß, was wirklich, z. B. durch Bestimmung und Verwendung Zubehör ist, wenn die Hauptsache verpfändet wurde, still-

*) Verhandl. der Kammer der Abg. von 1823 — 24. 3tes ausserordentl. Beil.Heft 2te Abthlg. S. 295 u. 386. und dieselben Verhandl. 9tes Heft, S. 743.

schweigend auch als verpfändet betrachtet werden, so würden die Ausdrücke im §. 3.: „können verpfändet werden," eine in der That überflüssige Bestimmung enthalten, könnten Zubehörungen nur zugleich mit der Hauptsache verpfändet werden. Denn mit der Hauptsache sind sie eo ipso verpfändet, ohne einer ausdrücklichen Verpfändung zu bedürfen.

Hätte das Gesetz bewegliche Sachen, welche Zubehörungen von unbeweglichen sind, nur mit diesen verpfändbar erklären wollen, so mußte es sich nicht auf eine Weise aussprechen, worin es die ausdrückliche Verpfändung hauptsächlich als zulässig erklärt.

4) Alles was nur durch seinen Zusammenhang mit Unbeweglichem unbeweglich ist, das hört auf unbeweglich zu seyn, sobald es diesen Zusammenhang verliert. So hören Früchte, Bäume und was durch Natur mit einer unbeweglichen Sache verbunden ist, dnrch Trennung von derselben auf, unbeweglich zu seyn [7]). So verliert das, was durch Kunst damit verbunden, oder zum Gebrauch eines Unbeweglichen bestimmt und verwendet ist, durch die Trennung und die Hinwegnahme mit der Absicht, dasselbe nicht mehr zu seinem frühern Zwecke zu gebrauchen, seine Eigenschaft als unbewegliche Sache [8]).

Hier ist es nun wichtig, zu wissen, ob und in wie fern das Pfandrecht an einem solchen Gegenstande auch dann noch haftet, wenn die Vereinigung desselben mit einer unbeweglichen Sache wieder aufgehoben worden ist.

Scheinbar gegen die Fortdauer spricht der Umstand, daß die verpfändete Sache in eine solche Lage kam, in welcher sie von Anfang an nicht hätte verpfändet werden können, in welcher mithin auch das errichtete Pfand

---

7) l. 80. §. 2. D. 18. 1. l. 9. D. 18. 6. l. 17. §. 1. D. 19. 1.

8) l. 17. §. 11. l. 18. §. 1. D. eod. v. Wening-Ingenheim, Lehrb. Thl. 1. B. 1. §. 120.

nicht fortzudauern vermag (res eo redacta, quo initium capere non potuit).

Dennoch glauben wir der entgegengesetzten Ansicht aus folgenden Gründen huldigen zu müssen.

Geschieht die Trennung der Zubehör mit Wissen und Willen des Pfandberechtigten, so darf man eben so wenig, als bei einer mit seinem Willen geschehenen Veräusserung (Art. 128.) annehmen, er habe dadurch, daß er in die Trennung willigte, stillschweigend auf sein Pfandrecht verzichtet. Wohl wird die Zubehör durch Trennung zur beweglichen Sache; und man könnte glauben, der Gläubiger gebe dadurch sein Pfandrecht auf, daß er darein willige, sie zur beweglichen zu machen. Allein da selbst das Wissen und die Einwilligung des Gläubigers in die Veräusserung, also in die völlige Entfremdung des Pfandes keinen Verzicht enthält, welcher nur ausdrücklich gegeben werden kann, so mag die Einwilligung dazu, daß man die blose Eigenschaft des verpfändeten Gegenstandes abändert, einen solchen Verzicht noch weit weniger enthalten.

Wird aber die Trennung auf andere Art vorgenommen, so beachte man:

a) Es war die Hauptsache unbedingt, oder ausdrücklich mit allem Zubehör verpfändet worden. Alsdann kann eine von dem Schuldner vorgenommene oder auch zufällig sich ereignende Trennung dem früher-bestellten Pfande nicht schaden. So wenig es vom Zufall oder dem Willen eines dritten abhängen kann; Jemanden sein Eigenthum durch Sonderung der Theile, z. B. Gras durch Abmähen zu entziehen, so wenig kann es davon abhängen, ob ein Pfandberechtigter das ihm in Folge des Gesetzes gültig bestellte Pfand verlieren solle.

Der vorliegende Fall ist ganz analog mit dem, wenn Jemand ein Ganzes usucapirt hat, dieses Ganze nach vollendeter Usucapion in seine Theile zerlegt wird, und es sich nun fragt, ob mit dieser Zerlegung die Wirkung

der Usucapion aufhöre, weil die Theile als Theile früher nicht besessen wurden, und rechtlich nicht besessen, also auch nicht usucapirt werden konnten. Vernünftiger Weise lassen aber die Gesetze nicht mehr vernichten, was durch die Usucapion bereits bewirkt war, den Erwerb des Eigenthums[9]). So verhält es sich auch mit dem Pfandrechte. Was mit der Hauptsache als zu ihr gehörig verpfändet wurde, das kann nicht deshalb aufhören verpfändet zu seyn, weil durch Zufall oder bösen Willen eine Trennung erfolgte, wodurch das Abgesonderte die Eigenschaft des Unbeweglichen verloren hat. Treffend ist daher der allgemeine Ausspruch, eine Pertinenz falle nur dann weg, wenn sie getrennt wird, bevor ein Recht auf die Hauptsache erworben wurde[10]).

b) Noch mehr muß das gelten, wenn die durch ihre Verbindung mit einem Unbeweglichen für unbeweglich geachteten Sachen für sich alleine verpfändet werden. Hier kann es noch viel weniger vom Zufall oder dem Willen des Schuldners und Verpfänders abhängen, das Pfandrecht durch eine Trennung völlig nnnütz zu machen. Vielmehr muß das einmal richtig bestellte Pfand auch dann noch fortdauern, wenn dasselbe auch durch Zufall oder den Willen des Schuldners die Eigenschaft des Unbeweglichen verlöre.

Man stoße sich aber nicht an die Worte des Gesetzes: „so lange sie diese Eigenschaft haben.“ Denn diese wollen nicht die Dauer des Pfandrechts auf die Dauer dieser Eigenschaft beschränken, sondern nur den Erwerb des Pfandrechts von dieser Eigenschaft abhängig machen. Nicht was irgend einmal Zubehör von einer unbeweglichen Sache war, noch was es etwa werden soll, sondern nur was die Eigenschaft der Zubehör hat und so lange es dieselbe hat, kann zum Unterpfand bestellt werden.

---

9) v. Savigny, die Lehre des Bes. (4te Ausg.) §. 22.

10) v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch l. c. §. 120.

Unsere Erklärung bestätigt zunächst, daß der ständische Ausschuß, des gleichen Ausdrucks im Entwurfe ungeachtet, den Vorschlag machen zu müßen glaubte, das Unterpfand an einer beweglichen Sache solle aufhören, wenn sie getrennt und an einen Dritten veräussert werde. In seinen Motiven sagt er ausdrücklich: „eben darum mußte aber bestimmt werden, daß das Unterpfandsrecht auf denselben (den beweglichen Sachen) aufhöre, wenn sie diese Bestimmung dadurch verloren haben, daß ein Dritter der nicht zugleich Eigenthümer des verpfändeten Guts ist, das Eigenthum derselben hat.“ Demnach wußte selbst der Ausschuß die ganz gleichen Ausdrücke des Entwurfs: „so lange sie diese Eigenschaft haben *),“ auch nicht auf die Fortdauer des Pfandes zu beziehen, weil sein Vorschlag sonst überflüssig gewesen wäre. Denn auf die Fortdauer bezogen, bedurfte es ja nur der Trennung und nicht einmal des Erwerbs durch einen Dritten, um das Pfandrecht an einer Zubehör zu zerstören. Doch der Ausschuß wünschte es einzig im letzten Fall des Erwerbs durch eine ausdrückliche Bestimmung aufgehoben zu sehen, und drang auch damit nicht durch; zur klarsten Ueberzeugung, daß man unsere Gesetzesworte nicht gegen uns anwenden dürfe.

Unsere Ansicht wird aber noch mehr bestätigt durch die Analogie der Specification, welche, wenn sie gleich das Eigenthum umwandelt, dennoch dem Pfandrechte nicht im Wege steht. (Art. 125.) Um wie viel weniger darf dasselbe durch die bloße Trennung einer Zubehör vernichtet werden!

6) Gegenstand des Unterpfands sind ferner „Rechte, welche den Immobilien gesetzlich gleichkommen.“ Der Art Rechte hat aber das vorliegende Gesetz nicht näher

---

*) Verhandlungen der Kammer der Abg. von 1823—24. 3tes ausserordentl. Beil.Heft. 1ste Abtheilung. S. 126 u. 182. vergl. mit §. 3. des Entwurfs.

bezeichnet. Wir sind daher an die sonst gültigen Begriffe verwiesen. Diesen zufolge werden alle Rechte, ob sie schon an sich als Rechte weder den unbeweglichen noch beweglichen Sachen angehören, für unbeweglich erachtet:

I.) Wenn sie einer unbeweglichen Sache untrennbar anhängen. In die erste Reihe treten hier dingliche Dienstbarkeiten *). Sie werden gleichsam als Theile des herrschenden Guts, als eine Qualität desselben angesehen, und gehen mit ihm auf jeden Erwerber über [13]). Daß sie folglich Gegenstand des Unterpfands seyn können, leidet keinen Zweifel; auf welche Art sie es seyn können, das bedarf noch einiger Bemerkungen, da unser Gesetz schweigt, und schweigend sich dem sonst geltenden Rechte anschließt.

Eine bereits vorhandene Dienstbarkeit kann nimmermehr für sich allein, sondern nur mit dem herrschenden Gute zugleich verpfändet werden: hierin scheint man einig. Verschieden dagegen sind die Ansichten, wenn eine Dienstbarkeit zum Behufe eines Unterpfands erst bestellt werden soll. Denn Mehrere behaupten, daß man nur eine servitus rustica, nicht aber eine urbana, Pfandes wegen bestellen dürfe vorausgesetzt, der Gläubiger habe ein benachbartes Gut, oder doch irgend ein anderer, welchem die Dienstbarkeit verkauft werden könne [14]). Indessen scheinen die Gesetze ihrem wahren Geiste nach keine Ausnahme, und auch bei der Servitus urbana auf dieselbe

---

*) Daß die Emphyteuse und Superficies zu den unbeweglichen Dingen gehören, versteht sich schon von selbst.

13) l. 20. §. 3. D. de serv. pr. r. (8, 3.) l. 12. D. com. pr. (8, 4.) l. 20. §. 1. D. de adquir. r. d. (41, 1.) Thibaut l. c. Thl. 1. §. 260. Voet, Comment. ad P. l. 1. T. 1. §. 20.

14) Anton Faber, Conject. j. c. XIX. 6. 7. Bachov, de pign. II. 7. Glück, Commentar Thl. 14. S. 24—26. Gerstlerding, Lehre vom Pfandrecht §. 4. v. Wening-Ingenheim l. c. Thl. 1. B. 2. §. 127.

Weise bei der rustica die Bestellung einer Dienstbarkeit pignoris causa zu gestatten[15]).

Den dinglichen Dienstbarkeiten ganz ähnlich, müssen auch die Rechte den unbeweglichen Sachen beigezählt werden, welche mit einer unbeweglichen Sache durchaus vereinigt sind, mit ihr zugleich an jeden Besitzer kommen, ob dabei gleich kein dienendes oder kein herrschendes Gut sich zeigte. Zu denen, die einem Gute zustehen, die also ein herrschendes Gut haben, wenn auch kein dienendes, gehören z. B. hie und da Bierbrauerei-Gerechtigkeiten, einzelne von den sogenannten Bannrechten ꝛc. Eines herrschenden Guts ermangeln hie und da die Jagd-Rechte u. a. m. Dennoch gehören alle diese Rechte activ oder passiv einer unbeweglichen Sache an, und sind demzufolge selbst für unbeweglich zu halten[16]).

II.) Es gibt aber noch eine andere Klasse von Rechten, die mit den Dienstbarkeiten wenig gemein haben, aber denn doch häufig vorkommen, und bei denen es allerdings wichtig ist zu wissen, ob sie zu Unterpfand gegeben werden können.

Nicht selten geschieht es, daß aus einer unbeweglichen Sache, z. B. einem Grundstück bald Geld, bald Früchte in bestimmter oder unbestimmter Quantität entrichtet werden müssen. Die Verbindlichkeit haftet auf dem Gute, ist von ihm unzertrennlich, und geht mit ihm auf jeden Besitzer über. Insofern nun das der Fall ist, muß man das Recht auf jene Leistung zu den unbeweglichen Dingen zählen, selbst wenn eine Person der Be-

---

15) Man sehe l. 11. §. ult. l. 12. D. 20. 1. und darüber Hugo Donell. de pignor. c. X. Voet, Comment. ad Pand. l. 8. tit. 4. §. 8. J. H. Böhmer, Exercitat. ad Pand. l. 20. exerc. 58. §. 8.

16) Glück, Commentar Thl. 2. §. 174. Thibaut, Pandektenrecht Thl. 1. §. 260. Danz, teutsches Privatrecht Thl. 2. §§. 277 — 284.

rechtigte seyn sollte. Denn man sieht dabei weniger auf den Fordernden als auf die Sache, welcher die Leistung gleichsam obliegt. Als Beispiele mögen hier Gülten, Renten, Zehnden und Grundgefälle aller Art dienen.

Indessen muß auch in dem Fall, wenn diese Leistung nicht auf der unbeweglichen Sache haftet, sondern bei Gelegenheit derselben gefordert werden kann, das Recht darauf als Anhängsel eines Unbeweglichen und selbst für unbeweglich gelten. Hieher gehört etwa das Recht des Brückengelds, einer Canalabgabe u. s. w. Denn diese und ihres Gleichen haften weder activ noch passiv auf der Brücke, dem Canal, oder dem unbeweglichen Gute, sondern sie stehen dem Berechtigten nur bei Gelegenheit derselben, durch dieselben zu.

Wenn wir aber hier von dem Rechte auf eine Leistung reden, so versteht es sich von selbst, daß wir darunter nur ein Recht auf die Leistung überhaupt, nicht auf eine bereits bestimmte, einzelne und fällig gewordene Leistung begreifen [17]).

III.) Wenn die dinglichen Dienstbarkeiten, und die andern ihnen ähnlichen Rechte mehr durch die Ansichten der Rechtsgelehrten den unbeweglichen Sachen beigezählt worden sind, so hat dagegen der Nießbrauch und das Brauchrecht die Eigenschaft der Unbeweglichen durch die Autorität der Gesetze selbst.

Abgesehen davon, daß diese persönlichen Dienstbarkeiten pars dominii, rei heißen, so ist es doch bekannt, wie das Interdictum unde vi bei res mobiles nicht Statt fand, sondern nur bei res immobiles, und in Hinsicht der erstern blos insofern sie mit den letztern in Verbin-

---

17) Würtemb. Landrecht Thl. 1. Tit. 75. §. 7. Generalresc. vom 30. Juni 1751. Voet, Comment. ad P. l. 1. Tit. 8. §§. 22—28. Glück, Commentar Thl. 2. §. 174. Thibaut, Pandectenrecht l. c.

dung standen und gleichsam nebenher. Troz dem wird wegen des Nießbrauchs und des Brauchrechts, sobald dieselben eine res immobilis betreffen, das Interdictum gegeben. Daraus folgt unbestreitbar, daß unsere Gesetze sie einer unbeweglichen Sache gleichgestellt haben [18]).

Das darf auch nicht wunden. Sind ja die Gesetze überhaupt gewohnt, den Nießbrauch wie eine res corporalis zu behandeln [19]), folglich müssen sie ihn auch da, wo er an einer unbeweglichen Sache haftet, selbst für etwas Unbewegliches erklären.

IV.) Endlich muß noch die Frage untersucht werden, ob dingliche Klagen, die auf unbewegliche Sachen gerichtet sind, ebenfalls für unbeweglich gelten.

Es ist etwas schwer zu begreifen, wie Klagen, die bloße Formen sind um Rechte geltend zu machen, ganz auf dieselbe Art mit den Rechten selbst sollten beurtheilt werden. Daß man Dienstbarkeiten, auch noch andere Rechte theils beweglich theils unbeweglich nennt, läßt sich verstehen; es sind doch noch Rechte. Aber Klagen sind ja an sich keine Rechte, ob sie schon als nothwendige Formen zum Schutze des Rechts einen wesentlichen Theil des Rechtssystems [20]) ausmachen. Vermittelst einer Klage kann man ein Recht verfolgen, aber die Klage ist nicht dieses Recht. Mag sie immerhin dinglich, d. h. auf das Recht an einer Sache selbst, abgesehen von der angesprochenen Person gerichtet seyn; deshalb ist das dingliche Recht, welches man verfolgt, noch immer etwas von der Klage durch und durch Verschiedenes.

---

18) l. 3. §§. 13 — 16. D. unde vi (43, 16.)

19) Du Roi im Arch. für civ. Prax. Thl. 6. S. 281 — 284.

20) Omne jus vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.

Dennoch neigt sich die Meinung der Rechtsgelehrten [21]) dahin, dingliche auf Unbewegliches gerichtete Klagen selbst für unbewegliche Sachen zu halten. Sie berufen sich dabei auf folgende Stellen:

l. 15. D. de reg. jur. (50, 17.) Is qui actionem habet ad rem recuperandam ipsam rem habere videtur.

l. 52. D. de adquir. r. d. (41, 1.) Rem in bonis nostris habere intelligimur, quoties possidentes exceptionem, aut amittentes ad reciperandam eam actionem habemus.

Wir wollen zugeben, daß diese Stellen ihrem Geiste nach von dinglichen Klagen reden. Was folgt daraus?

Vergleicht man sie mit einander, so zeigt sich, daß die Worte: rem habere, und in bonis habere denselben Werth haben. Was aber der letztere Ausdruck bezeichnet, das lernen wir aus zwei andern Stellen. Die Eine derselben handelt davon, ob auch actiones poenales die bona vermehren oder vermindern, und setzt demnach voraus, daß sie einen Theil der bona ausmachen [22]). Die andere sagt gerade zu: „alles was wir durch actiones, petitiones und persecutiones, oder alles was wir durch persönliche, dingliche und ausserordentliche Klagen erlangen können, sey in bonis [23]).“ Da nun auch von persönlichen Klagen das Gleiche was von dinglichen gesagt wird: in bonis habetur, so darf und kann man diese Worte nur so deuten: „wir mögen wohl was wir erlangen können, durch welche Klage es sey, das Unsrige nennen.“ Das ist aber weit verschieden von dem, wenn wir annehmen, daß wir das, was durch eine dingliche

---

21) Voet, Comment. ad P. l. 1. Tit. 8. §. 1. Hoffacker, princip. §. 726. Glück, Comment. l. c. §. 174.

22) l. 32. pr. D. ad leg. Falcid. (35, 2.).

23) l. 49. D. de V. S. verglichen mit l. 178. §. 2. D. eod.

Klage zu erwerben steht, schon selbst haben, und die Klage also der Sache selbst und dem Rechte daran gleich setzen. Eben deßhalb sagen die oben angeführten Stellen: intelligimur, videtur, ganz wie eine andere allgemein, nicht blos von dinglichen Klagen, ausspricht:

> l. 143. D. de V. S. (50, 16.) Id apud se quis habere videtur, de quo habet actionem; habetur enim quod peti potest.

Würde man mithin die gleichgebrauchten und gleichbedeutenden habere, in bonis habere in dem prägnanten Sinn nehmen, wie es jene Juristen zu nehmen scheinen, so müßte man auch eine persönliche, auf Erlangung einer unbeweglichen Sache gerichtete Klage ein Unbewegliches heißen; was doch wohl Niemand billigte.

Voet beruft sich ferner darauf, daß derjenige, welcher eine dingliche, auf Unbewegliches gehende Klage habe, von Cautionen frei sey. Weil aber diese Befreiung sonst nur den possessores von unbeweglichen Sachen zustehe, so könne die dingliche Klage nicht geringer geschätzt werden, als das Innehaben der Sache selbst.

Allein dieser Schluß, wie unrichtig er auch schon an sich ist, wird noch unrichtiger durch eine Voraussetzung, worauf man ihn baut und die doch von dem Gesetze geradehin widersprochen wird.

Schon im Allgemeinen muß es klar erscheinen, daß der, welcher blos eine dingliche Klage hat, nicht von Cautionen frei seyn könne, da die Gesetze die Eigenschaft einer hieher gehörigen possessio genau untersuchen, und manches sonst für juristische possessio geltende Verhältniß, des eines Creditors ꝛc. als unzureichend ausschließen. Um wie viel weniger werden sie sich mit einer Klage begnügen!

Nebenbei verstünde es sich von selbst, daß nicht jede dingliche Klage hinreichte. Da nicht einmal jedes dingliche Recht, z. B. das Pfandrecht, der Nießbrauch, und die übrigen Servituten zur Befreiung hinreichen, so darf

gewiß auch keine andere dingliche Klage befreien, denn eine solche, die sich auf ein Recht bezieht, dessen Besitz zur Befreiung tauglich ist.

Indessen erklärt das Gesetz ausdrücklch, daß keine dingliche Klage diese ihr zugeschriebene Wirkung habe.

> l. 15. §. 6. D. qui satisd. cog. (2, 8.) Si fundum quem possidebam a me petieris, deinde cum secundum te esset judicatum appelaverim; an possessor ejusdem fundi sim? et recte dicetur possessorem me esse, quia nihilo minus possideo, nec ad rem pertinet, quod evinci mihi ea possessio possit.

Die Stelle redet ihrer ganzen Fassung nach von einem dinglichen Anspruch, und erklärt, daß der Beklagte als possessor gelte und keiner Caution unterworfen sey, ob er schon den Prozeß bereits einmal verloren hätte. Wird aber der Beklagte als possessor betrachtet, so kann der Kläger nicht dafür angesehen werden, da es sich widersprechen würde, zwei einander entgegenstehenden Ansprüche gleichzustellen, und den Klagenden wie den Beklagten als possessor zu behandeln. Gilt aber der Kläger nicht als possessor, so befreit auch eine dingliche auf Unbewegliches gerichtete Klage nicht von der Caution [24]).

---

24) Etwas ganz anderes ist es bei Mann und Frau in Hinsicht des fundi dotalis, weil ihre Ansprüche sich nicht entgegenstehen, und weder die Frau dem Mann noch dieser der Frau widerspricht.

Man stoße sich auch nicht an §. 4. derselben Stelle. Der Ausdruck mag recht gut auch so viel heißen: fundus, qui a persona quadam peti debet, ein Gut, um das man noch Jemand unbestimmt, mit welcher Klage, vorher ansprechen muß. Ohnehin erregt es Mißtrauen, wenn wir petitio personalis für persönliche Klage nehmen sollen; da doch petitio einen dinglichen Anspruch ausdrückt, und man wohl das Generelle, wie actio, durch einen Beisatz näher bezeichnet, nicht aber das Spezielle durch ein

Werfen wir einen Blick auf unser Gesetz, so kann die Frage, ob dingliche auf Unbewegliches gerichtete Klagen selbst für unbeweglich zu halten seyen, auch so ausgedrückt werden: können solche Klagen Gegenstand des Unterpfands seyn? Den Worten nach sollte man bejahend antworten, wenn anders solche Klagen wirklich den unbeweglichen Sachen gleichkommen. Der Geist des Gesetzes spricht aber entschieden: nein.

Der Zweck der gesetzlichen Bestimmung ist Sicherheit des Gläubigers. Deßhalb kann ein Faustpfand blos durch Uebergabe bestellt werden, ein Unterpfand nur durch Eintrag in das öffentliche Buch, und nur bei Unbeweglichem, als welches durch keine heimliche Veräusserung entzogen wird. Diese Sicherheit hörte aber bei dinglichen Klagen ganz auf. Denn wäre auch die Klage gegründet; so könnte man nie wissen, ob sie nicht durch eine Einrede entkräftet werden möchte.

Zudem kommt, daß unser Gesetz das Prinzip der Oeffentlichkeit so weit ausdehnt, um den nur als Eigenthümer zu betrachten, den die öffentlichen Bücher oder Urkunden als solchen bezeichneu. Würde mithin eine dingliche auf Unbewegliches gerichtete Klage zu Unterpfand bestellt werden können, so müßte man den, welcher die Klage zu haben glaubt, als Eigenthümer des Rechts

---

anderes Spezielles seines wahren Sinnes zu berauben pflegt. Petitio personalis für persönliche Klage klänge ungefähr wie condictio realis für dingliche Klage. Wohl schwerlich würde ein römischer Jurist so gesprochen haben! Am wahrscheinlichsten verbindet man vielleicht den §. 4. mit dem §. 3. Der letztere befreit Mann und Frau von der Caution, wenn sie den fundum dotalem besitzen, welcher dem Mann übergeben worden war. Diversa causa est ejus, qui fundi petitionem personalem habet, d. h. der Mann aber wird nicht befreit, der den fundus noch nicht hat, sondern erst fordern muß, entweder weil er ihm noch gar nicht übergeben wurde, oder weil ihm zur Zeit nur eine Klage zu Gebot steht.

behandeln, worauf diese Klage geht. Und doch ist ein anderer, der, welcher um die Sache erst angesprochen werden soll, allein in den öffentlichen Büchern oder Urkunden verzeichnet, und nach der Bestimmung des Gesetzes, wenigstens was Verpfändungen betrifft, allein als Eigenthümer zu betrachten. Denn wäre der, welcher die Klage vorgiebt, in den öffentlichen Büchern als Eigenthümer verzeichnet, so könnte man von ihm rücksichtlich der Verpfändung nicht sagen, daß er blos eine Klage habe; er wäre nach dem Gesetze wahrer Eigenthümer des Rechts. Würde mithin auch gemeinrechtlich eine dingliche Klage hie und da für eine unbewegliche Sache gelten, so müßten wir doch im besondern Sinn unsers Pfandgesetzes entscheiden: sie können kein Gegenstand des Unterpfands seyn.

So lange nicht zwei zugleich als die letzten Eigenthümer einer und derselben Sache nach ihrer ganzen Ausdehnung in den öffentlichen Büchen wirksam verzeichnet seyn können, so lange kann der, welcher eine dingliche Klage hat, sich nur gegen die Verpfändung seines Gegners dadurch wahren, daß er sein Recht öffentlich macht, nicht aber die Klage selbst verpfänden, während er nicht als Berechtigter gilt und gelten kann.

7) Der den Ständen vorgelegte Gesetzes-Entwurf machte ferner „öffentlich versicherte Forderungen" zum Gegenstand des Unterpfands.

Oeffentlich versicherte Forderungen sind keine andern, als solche Forderungen, für die ein Unterpfaud bestellt wurde, die also durch eine öffentliche Verpfändung versichert worden waren.

Forderungen werden aber dadurch, daß man sie öffentlich sichert, daß man sie durch ein Unterpfand, durch eine, unter öffentlicher Autorität vorgenommene Verpfändung sichert, nicht zu einer unbeweglichen Sache. Denn wenn auch immerhin die verpfändete Sache eine unbewegliche ist, so kann doch das Pfandrecht als etwas Ac-

cessorisches nicht die Natur der Hauptsache, eine Verbindlichkeit in ein Unbewegliches umwandeln; vielmehr nimmt es selbst diese Natur an [26]). Ganz folgerecht ist es daher, daß man von dem Entwurf abgieng, und daß, da nur unbewegliche Sachen Gegenstand des Unterpfands seyn sollen, eine Forderung, also etwas, was keine unbewegliche Sache ist, nicht auf diese Weise, d. h. als Unterpfand verpfändet werden darf, selbst wenn sie öffentlich versichert wäre.

Von dem Verbot, Forderungen zu Unterpfand zu bestellen, machen auch Forderungen von Gemeinheiten, oder moralischen Personen, mögen sie ihnen oder gegen sie zustehen, keine Abweichung. Denn auch derley Forderungen sind als beweglich zu betrachten [27]), und können selbst, sofern sie öffentlich versichert, etwa durch öffentliche Verpfändung unbeweglicher einer moralischen Person gehörigen Sachen versichert sind, nicht Gegenstand des Unterpfands werden *).

8) Endlich sind solche Sachen von dem Unterpfand ausgeschloßen, welche nicht mit einem Male von einem Orte zum andern gebracht werden können, wie Bibliotheken. Dieß stimmt ganz mit dem herkömmlichen Rechte überein. Denn auch dieses hat solche Dinge nur in Rücksicht der Cautionen, aber nie in irgend einem andern Betracht, für unbewegliche Sachen gehalten [28]).

---

26) Glück, Commentar l. c. §. 174. Voet, Comment. l. c. §. 27.

27) Voet, Comment. l. c. §. 28.

*) Da das Pfandrecht, wie bereits bemerkt wurde, sich nach der Natur der Hauptverbindlichkeit richtet, und wie diese nicht als ein Unbewegliches angesehen werden kann, so kann auch das Pfandrecht natürlich nie Gegenstand des Unterpfands werden.

28) Thibaut P. R. Thl. 1. §. 259. Verhandlungen der Kammer der Abg. 9s. Heft S. 737.

Bedingungen der Verpfändbarkeit.

Art. 5.

Soll ein Vermögensstück verpfändet werden können, so muß es veräusserlich und ein Eigenthum desjenigen seyn, welcher ein Unterpfand zu bestellen hat.

Die Anordnung dieses Artikels wiederholt einfach das bisher Bestehende, und bezieht sich ganz darauf, eben weil er seine Regeln so unbedingt, ohne nähere Modifikation wieder gibt. Wir erläutern daher den Artikel, indem wir das frühere Recht erläutern.

1) Zur rechtlichen Möglichkeit der Verpfändung wird gefordert, daß die Sache veräusserlich, d. h. daß über dieselbe eine Verfügung, und eine solche Verfügung überhaupt, oder doch dem Verpfänder, auch sein Eigenthum vorausgesetzt, gestattet sey. Wir sagen, sein Eigenthum vorausgesetzt; denn nicht immer reicht das Eigenthum des Veräusserers hin, um seiner Veräusserung Kraft zu geben, selbst wenn er sonst frei und unbeschränkt über das Seinige verfügen könnte.

Der Verfügung überhaupt sind alle die Dinge entzogen, welche entweder gar nicht in menschlichen Verkehr kommen, oder worüber doch Privatpersonen, physische oder moralische, nicht verfügen dürfen. Hieher gehören die sogenannten res divini juris, communes und publicae. Den letztern gehören nicht blos die Sachen an, deren Eigenthum dem Staate, deren Gebrauch aber den Einzelnen zusteht, sondern auch diejenigen, deren Nutzen und Gebrauch dem Staate allein vorbehalten ist. Diese können nur insofern den unveräusserlichen Dingen beige-

zählt werden, als auſſer dem Staate Niemand darüber bestimmen, noch viel weniger sie veräussern kann.

Indessen versteht es sich von selbst, daß der Einzelne in dem Verhältniß, in welchem er Rechte an solchen Dingen erlangen kann und erlangt hat, oder in dem Verhältniß, in welchem sie ihm vom Staate ausdrücklich überlassen wurden, auch die Befugniß zu verfügen und zu veräussern habe [1]).

Eine Sache kann aber im Verkehr, und fähig seyn, in das Eigenthum und die Verfügungsgewalt des Einzelnen zu kommen, auch bereits in das Eigenthum von irgend Jemand gekommen, und troz dem unveräusserlich seyn.

Diese Beschränkung rührt theils daher, daß das Eigenthum kein volles oder unwiederrufliches [2]), theils daher, daß dem Eigenthümer, seines Eigenthums ungeachtet, jede Veräusserung durch Gesetz, letzten Willen oder Vertrag untersagt wird, und zwar unbedingt oder nur in gewissem Betracht.

Ist die Veräusserung durch das Gesetz untersagt, so gibt das Gesetz selbst den natürlichsten Aufschluß sowohl über sein Verbot, als über die Personen, denen zu Gunsten das Verbot gemacht wurde, und denen auch das Abforderungsrecht zusteht.

Ward die Veräusserung durch eine letztwillige Verfügung verboten, so muß vor allen Dingen Jemand genannt seyn, dem zu Gute keine Veräusserung vor sich gehen soll. Ein Verbot der Veräusserung ohne die Be-

---

1) l. 30. §. 4. D. de adquir. rer. d. (41, 1.) l. 13. C. de fund. patr. (11, 16.) Man vergleiche überhaupt H. Donell. Comment. jur. civ. l. IV. c. 1 — 7. Voet, Comment. ad lib. I. Tit. 8. §§. 2 — 11. Hoffacker, princ. Tom. II. §§. 742 — 755.

2) Von diesen Arten des Eigenthums werden wir weiter unten reden.

zeichnung einer Person, deren Gunst das Testament im Auge hat, ist von keinem Werth[3]). So aber die Veräusserung gewissen Personen zu liebe verboten wurde, so enthält das Verbot die Bestellung eines Fideicommisses[4]), welches das Eigenthum der Sache für den Erben zu einem temporellen macht, wovon später gehandelt werden wird.

Endlich kann durch einen Vertrag bestimmt werden, daß der Eigenthümer eine Sache nicht veräussern solle, und zwar, nachdem er das Eigenthum bereits erworben hat, oder im Augenblick wo er es erwirbt.

Hier dürfte schon aus allgemeinen Gründen angenommen werden, daß die Befugniß zu veräussern, dem Eigenthümer blos durch eine persönliche Verbindlichkeit entzogen sey, die aber dem dinglichen Rechte, welches ein Dritter an der Sache erwarb, nicht im Wege stehe, und diesem Erwerber sein erworbenes dingliches Recht nicht abgefochten werden könne. Denn der Eigenthümer, welcher, wie wir voraussetzen, das volle Eigenthum der Sache hat oder erlangt, besitzt das Recht zu veräussern als ein dingliches, in dem Eigenthum enthaltenes. Verspricht er nun nicht zu veräussern, verspricht er das selbst im Augenblick wo er sein Eigenthum erst erwirbt, und gegen den, von welchem er es erwirbt, ohne daß sich sein Mitcontrahent ein dingliches Recht an der Sache bestellen läßt oder vorbehält, so wird er durch die Verabredung doch nur persönlich beschränkt. Der dieser persönlichen Verbindlichkeit entsprechende ebenfalls persönliche Anspruch seines Mitcontrahenten vermag aber das

---

3) l. 114. §. 14. D. de leg. I. l. 93. pr. D. de leg. III.

4) l. 114. §. 14. D. cit. l. 11. §. 9. D. de leg. 3. Dennoch hat der Fideicommissar alsdann nur ein persönliches Recht, wenn es sich von des Erben eigenen Sachen handelt. l. 1. de fideicomm. (6, 43.)

nachher von einem Dritten erworbene dingliche Recht nicht zu entkräften *).

Hiemit verbinden wir noch folgende Betrachtung. Die römischen Gesetze tragen so unverkennbare Spuren von hoher Achtung für die unbeschränkte Benutzung des Eigenthums an sich, daß sie selbst andere, dingliche Beschränkungen so wenig als möglich begünstigen. Wenn diese Spuren auch in den spätern Gesetzen nicht mehr so häufig erscheinen, so ist doch der Sinn dafür, als Folge des strengen privatrechtlichen Sinnes überhaupt nie ganz verschwunden [5]). Diesem Sinn würde aber gar nicht angemessen seyn, das Eigenthum so ganz einfach durch bloße Verträge beschränken und mit Wirkungen gegen dritte Erwerber beschränken zu lassen. Wirklich haben sich die römischen Juristen auch ziemlich deutlich dagegen ausgesprochen. Ein Verbot der Veräusserung in einem Testamente, ohne daß man daraus ein Fideicommiß herleiten könnte, wird aus einem Grunde [6]) für unwirksam erklärt, welcher die Abneigung gegen solche Hemmungen ziemlich an den Tag legt. Eben so wird in einer Stelle an der Gültigkeit eines solchen Vertrags, selbst in dem Fall gezweifelt, wo der Mitvertragende ein dingliches Recht hat: „an pactio nulla sit talis, quia contra jus est [7])."

In der That haben sie denn auch solchen Verträgen keine Kraft gegen die Sache selbst und gegen dritte Erwerber verliehen [8]).

---

*) l. 20. D. de solut. (46, 3.)

5) Man sehe über diese Bemerkung Eduard Schrader civilistische Abhandl. zweite Abthlg. S. 272. u. folg.

6) „quia talem legem testamento non possunt dicere." l. 114. §. 14. cit.

7) l. 7. §. ult. D. de distr. pig. (20, 5.)

8) Die römischen Juristen waren sogar darüber nicht einig, ob bloße Verträge, welche die Verfügung des Eigenthü-

Sind dieselben mit dem Eigenthümer, sey es von dem, welcher das Eigenthum übertrug, und im Augenblick der Uebertragung sey es auf andere Weise abgeschlossen worden, so erzeugen sie nie mehr, als ein persönliches Recht, das blos die Vertragenden trifft, und ohne alle dingliche Natur dritten Erwerbern nicht schadet [9]). Das persönliche Recht ist natürlich an das Interesse des Vertragenden geknüpft, so daß dieses Recht selbst bedeutungslos wird, wenn dieses Interesse nicht auf irgend eine Weise nachgewiesen werden kann [10]). Gegen dritte Erwerber hat eine solche Uebereinkunft nur dann Gewicht, wenn der Vertragende ohnehin ein dingliches Recht hätte, das ihm durch Veräusserung nicht geschmälert werden dürfte [11]), so daß die Veräusserung des Eigenthümers nicht wegen des Vertrags, sondern wegen des dinglichen Rechts ungültig ist.

Wo indessen eine Veräusserung mit voller Wirksamkeit und nicht vermöge eines blos persönlichen Rechts untersagt ist, da kann auch eben so wenig eine Verpfändung gültig vorgenommen werden. Das geht zunächst aus der Bestimmung unsers Artikels hervor, welcher die Kraft der Verpfändung von der Gültigkeit einer Veräusserung überhaupt abhängig macht, und die Veräusserlichkeit der verpfändeten Sache als die erste Be-

---

mers beschränken sollten, als pacta gelten, selbst wenn sie bei Uebertragung des Eigenthums abgeschlossen wurden. l. 48. D. 2. 14. l. 11. D. 11. 7. bis endlich Justinian ihnen Kraft verlieh, aber natürlich nur eine mit persönlichen Ansprüchen verseheue Kraft. l. ult. c. de pact. int. emt. (4, 54.)

9) l. Penult. D. de pact. (2, 14.) l. 75. D. de cont. emt. (18, 1.) l. 21. §. 5. D. de act. emt (19, 1.)

10) l. 135. §. 3. D. de V. O. (45, 1.) l. 3 C. de cond. ob. caus. dat. (4, 6.) l. ult. C. de pact. int. emt. (4, 54.)

11) l. 7. §. ult. D. de distr. pign. v. Wening-Ingenheim l. c. Thl. 1. B. 2. §. 14.

dingung ihrer Verpfändbarkeit fordert. Er stimmt hierin ganz mit den bisherigen Gesetzen überein, welche unter Veräusserung auch die Verpfändung begriffen, und wo jene unerlaubt war, auch diese nicht gestatteten. l. ult. C. de reb. al. n. alien. (4, 51.) Dieses Gesetz sagt weder, daß eine durch Testament oder Vertrag untersagte Veräusserung immer und unter allen Umständen keine Kraft habe, noch daß eine Verpfändung immer verboten sey, sondern nur, daß eine Verpfändung da ungültig erscheine, wo die Veräusserung vermöge Testaments oder Vertrags ungültig ist. Es bestimmt blos das Verhältniß der Verpfändung zur Veräusserung, nicht aber die größere oder geringere Gültigkeit der Veräusserung, wenn sie durch Testament oder Vertrag untersagt ist. Seine Anordnung lauft blos dahinaus, daß wenn einmal eine Veräusserung unerlaubt sey, so sey es auch auf gleiche Weise, und in demselben Grade und mit denselben Folgen die Verpfändung *).

Umgekehrt wenn eine Sache zwar im allgemeinen veräussert, aber nur von gewissen Personen nicht erworben werden kann, wenn sie mithin nur in Beziehung auf diese Personen gewissermaßen als unveräusserlich gelten dürfte, so läßt sich nach gemeinem Recht nicht so unbedingt mit Bolley **) behaupten, daß in dem Verbot der Erwerbung des Eigenthums das Verbot die Sache zum Pfand zu erhalten nicht begriffen sey. Denn das von ihm angeführte Fragment l. 24. D. de pign. wird durch ein anderes, l. 2. §. 1. D. quae res pign. (20, 3.) ziemlich aufgewogen, und auf eine bestimmte Art von verbotenen Erwerbungen beschränkt ***).

---

*) Eben deßhalb läßt sich auch diese Stelle nicht dafür herausheben, daß eine jede durch einen Vertrag verbotene Veräusserung volle rechtliche Wirkung gegen dritte Erwerber habe.

**) Von öffentl. Unterpf. §. 72.

***) Anton. Faber, Conject. l. 20. c. 17.

Indessen möchte in Würtemberg die Analogie der einem Ausländer gestatteten Erwerbung von Pfandrechten auf liegende Güter allerdings entscheiden. Zwar ist dieses Verbot, Eigenthum zu erwerben, durch eine neuere Verordnung aufgehoben; allein es bestand doch früher, und zeigt eben, daß man im würtembergischen Recht zwischen dem Erwerb des Eigenthums und des Pfandrechts einen genauen Unterschied machte, und den letztern auch da gestattete, wo der erstere verboten war.

2) Die verpfändete Sache muß „in dem Eigenthum desjenigen seyn, welcher ein Unterpfand" bestellt. Es kann mithin der Mann nicht die Güter seiner Frau, der Pfleger nicht für seine Schuld die Güter seiner Mündel, die Eltern nicht die Güter ihrer Kinder ohne deren Einwilligung verpfänden. Willigen aber die letztern ein, so kann die Mutter unbedingt verpfänden, der Vater jedoch nur mit obrigkeitlicher Bestätigung, wenn die Kinder noch in seiner Gewalt stehen, und die verpfändeten Sachen nicht zum militärischen Sondergut gehören [12]). Denn

---

12) Landrecht, Thl. 2. Tit. 7. §. 12. Tit. 28. §. ult. Bolley von öffentlichen Unterpfändern §. 60. Was die Mutter betrifft, die keine sogenannte Gewalt hat, so dürfte unsere Behauptung wohl schwerlich einen Widerspruch erfahren. Was aber den Vater betrifft, so können wir dem unbedingten Satze, wie ihn Bolley aufstellt, nicht beistimmen. Denn die angeführte Stelle des Landrechts giebt nur einen Grundsatz des gemeinen Rechts wieder, den sie in sofern abändert, als die Obrigkeit ihre Bestätigung zu dem zwischen einem Vater und dem unter seiner Gewalt stehenden Kindern geben und dadurch den Vertrag bekräftigen kann. In Hinsicht des militärischen Sonderguts aber, können Kinder in väterlicher Gewalt recht füglich mit ihrem Vater nach gemeinem Rechte contrahiren. Diese Bestimmung ist durch das Landrecht nicht aufgehoben, welches blos die gemeinrechtliche Regel, daß Kinder in väterlicher Gewalt weder mit dem Vater noch unter sich contrahiren dürfen, wiederholt und sie sogar noch modificirt;

diese Bestimmungen des ältern Rechts sind durch das vorliegende Gesetz nicht aufgehoben, welches vielmehr, wie schon gesagt, den bisherigen Rechtsgrundsatz einfach wiederholt, seine nähere Bestimmung aber ganz unabgeändert läßt, und sich stillschweigend auf das sonst Geltende bezieht.

Ganz verschieden von dem Fall, wenn die Eltern mit Einwilligung ihrer Kinder Sachen der letztern verpfänden, ist dieser, wenn die Kinder selbst ihre eigenen Sachen für eine Schuld der Eltern verpfänden. Hiebei ist wohl an sich klar, daß es sich einzig und allein davon handeln könne, ob die Kinder über ihre Sachen verfügen dürfen. Sofern sie nun darüber einseitig verfügen, und sie veräussern dürfen, kann an der Gültigkeit der Verpfändung nicht gezweifelt werden. Diese bedarf denn auch, wenn die Kinder in väterlicher Gewalt sind, keiner obrigkeitlichen Bestätigung, weil hier kein Schein eines Contrakts mit dem Vater vorhanden ist. In Beziehung auf das militärische Sondergut ist die Sache nicht wichtig, wohl aber in Beziehung auf das sogenannte peculium adventitium extraordinarium*).

---

geschweige daß es die Ausnahme für den Fall, wenn die Kinder rücksichtlich gewisser Dinge gar nicht wie in väterlicher Gewalt erscheinen, hätte aufheben wollen.

*) Ueber die Fälle, in welchen die Eltern auch die Substanz der in ihrem Nießbrauch befindlichen Güter der Kinder verpfänden können, gibt Bolley l. c. §§. 58. u. 59. Aufschluß. Wie und wann Güter der Ehefrauen, Pflegkinder ꝛc. verpfändet werden mögen, davon weiter unten.

Art. 6.

Wenn das Eigenthum der zu verpfändenden Sache nicht dem Schuldner, sondern einem Dritten zusteht, so kann dieselbe nur mit Einwilligung des Letztern verpfändet werden. Eine ohne diese Einwilligung vorgenommene Verpfändung ist von Anbeginn ungültig und kann daher nicht zu Kräften kommen, wenn gleich in der Folge entweder der Schuldner das Eigenthum der Sache erlangt, oder der Eigenthümer den Schuldner beerbt.

Doch ist die Verpfändung eines Guts nach erfolgtem gerichtlichen Erkenntniß über einen das Eigenthum übertragenden Contrakt noch vor Vollziehung des letztern zulässig.

Ist der Verpfänder, wie der vorhergehende Artikel verlangt, nicht Eigenthümer, so ist über die Gültigkeit der Verpfändung nach Maaßgabe des Artikels 6 zu entscheiden, dessen Erläuterung wir mit einer kurzen Darstellung des bisher geltenden Rechts beginnen zu müssen glauben.

1) Nach den bisherigen Rechtsbegriffen war die Verpfändung einer fremden weder in dem ächten noch in dem prätorischen Eigenthum des Verpfänders stehenden Sache ohne Einwilligung des wahren Eigenthümers durchaus ungültig [1]). Nur in sofern sie unter der Bedingung geschah, daß der Verpfänder die Sache einst erwerben würde, oder in sofern dieser Verpfänder die Sache vermöge eines persönlichen Rechts ansprechen konnte, wo

---

1) l. 15. §. 1. l. 18. D. de pign. (20, 1.)

man, wie bei einer allgemeinen Verpfändung, das Pfandrecht gleichsam unter der stillschweigenden Bedingung des künftigen Erwerbs abgeschlossen betrachtete, war sie gültig und hatte, so der Verpfänder wirklich später das Eigenthum erlangte, volle Kraft [2]).

Ausserdem und wenn eine Sache unbedingt verpfändet wurde, und der Verpfänder erhielt nachher das Eigenthum, so hatte der Gläubiger und Pfandberechtigte eine nützliche Pfandrechtsklage oder nur ein Retentionsrecht, je nachdem er bei der Verpfändung im guten oder bösen Glauben war [3]). Ward der Eigenthümer Erbe des Verpfänders, für diesen Fall widerstritten sich unsere Gesetze und Rechtsgelehrten [4]), während man darüber nicht im Zweifel seyn konnte, daß das Pfandrecht unter allen Umständen vollgültig wäre, sobald der Eigenthümer dolose gehandelt hatte *).

2) Vergleichen wir mit diesen Bestimmungen die Anordnung unsers Gesetzes, so zeigt sich sogleich, daß dasselbe die ältere Regel nicht blos bestätigt, sondern noch geschärft hat. Die Verpfändung einer fremden Sache ohne Einwilligung des Eigenthumers ist nicht nur an sich ungültig, wie sie es auch bisher war, sondern sie soll auch später nicht „zu Kräften kommen," wenn gleich

---

2) l. 16. §. 7. l. 1. D. eod. l. 3. §. 1. D. qui pot. in pign. (20, 4.) Hug. Donell. de pign. c. 7. Gesterding, vom Pfandrecht S. 73. u. f.

3) l. 3. C. si res al. pign. (8, 16.) l. 41. D. de pign. act. (13, 7.) l. 1. D. de pign. Bachov, de pign. l. 2. c. 4. Hug. Donell. de pign. l. c. Bolley, von öffentlichen Unterpfändern §. 53. Gesterding l. c. S. 75. u. f. Dagegen Voet, Comment. ad lib. XX. Tit 3. §. 4.

4) l. 41. D. de pign. act. l. 22. D. de pign. Hug. Donell. de pign. l. c. Ulr. Huber, praelect. ad Pand. tit. quo res pignori etc. §. 2. Anton Faber, Conject. lib. 20. c. 17. Bolley l. c. §. 56. Gesterding l. c. S. 81. u. folg.

*) l. 2. C. si res alien.

in der Folge der Verpfänder das Eigenthum erlangt. Sie soll unbeschränkt nicht zu Kräften können. Nicht blos der Gläubiger im bösen, sondern auch der im guten Glauben erhält kein Recht an der Sache dadurch, daß der Schuldner später Eigenthümer wird. Sie erhalten beide nicht einmal ein Retentionsrecht. Denn das Gesetz spricht allgemein: „die Verpfändung soll nicht zu Kräften kommen," und beschränkt diesen Ausspruch weder auf gewisse Personen, noch auf gewisse Befugnisse. Auf dieselbe Weise bleibt die Verpfändung ungültig, wenn der Eigenthümer den Verpfänder beerbt. Dadurch ist der Widerstreit in unserm bisherigen Rechte auf eine Art gehoben, wie er nach dem Geist unserer Civilgesetze vielleicht nicht hätte gehoben werden sollen.

Die Pfandbestellung ist von Anbeginn ungültig. Sie erzeugt mithin auch kein dingliches Recht, und die Sache kann weder gegen den Eigenthümer noch gegen sonst einen dritten Besitzer mit der Pfandrechtsklage verfolgt werden. Ob auch nicht gegen den Schuldner?

Man hat auch nach dem bisherigen Rechte die Ungültigkeit eines Pfands, das auf eine dem Verpfänder fremde Sache bestellt wurde, nicht verkannt; man hat nicht verkannt, daß daraus kein dingliches Recht entstehe, und dennoch behauptet, der Pfandberechtigte müsse mit der actio hypothecaria gegen den Schuldner obsiegen*). Analog damit ließe sich etwa der Satz aufstellen, daß nach dem neuen Gesetz, welches die früher ausgesprochene Ungültigkeit bestätigt, zwar kein dingliches Recht zu Stande komme, aber troz dem nach den Grundsätzen des ältern durch das neue Gesetz, welches blos die alte Ungültigkeit wiederholt sanktionirt, nicht aufgehobenen Rechts der Pfandberechtigte gegen den Verpfänder selbst mit der actio hypothecaria auftreten könne.

---

*) Gmelin, de jure pignoris etc. §. 14. Gersterding, vom Pfandrecht ꝛc. S. 334 — 336.

Diese Ansicht dürfte man vielleicht nicht damit wegweisen, daß nach dem vorliegenden Gesetz das auf eine fremde Sache ungültig bestellte Pfand nie „zu Kräften" gelangt, wenn auch der Verpfänder nachher wirklich Eigenthümer würde. Denn auch nach dem bisherigen Recht kommt ein solches Pfand nicht unbedingt „zu Kräften"; namentlich nicht bei dem Pfandberechtigten, welcher sich das Pfand im bösen Glauben bestellen ließ; denn dieser erhält blos ein Retentionsrecht; und troz dem soll die actio hypothecaria gegen den Schuldner wirksam seyn, ohne daß man daran denkt zu unterscheiden, ob der Pfandgläubiger im guten oder im bösen Glauben war. An sich betrachtet, muß es auch für die vorgelegte Frage gleichgültig seyn, in wiefern ein nichtiges Pfand ausnahmsweise später zu Kräften kommen kann oder nicht. Denn diese Frage geht ja einzig dahin, ob ein ungültiges Pfand, als ungültiges, und ehe dasselbe zu Kräften gekommen ist, dennoch dingliche Wirkungen in Beziehung auf den Verpfänder selbst äussere.

Allein es ist überhaupt, wie wir überzeugt sind, unrichtig, daß der Gläubiger sich nach dem bisherigen Rechte der actio hypothecaria gegen den Verpfänder bedienen konnte, der ihm eine fremde Sache verpfändete; zunächst darum, weil diese actio ein dingliches Recht voraussetzt, bei der Verpfändung einer fremden Sache aber gar kein dingliches Recht vorhanden ist. Freilich führt man an, der Verpfänder dürfe die Einwendung, daß die Pfandbestellung ungültig sey, weil die Sache ihm nicht gehört habe, gar nicht machen, da man ihm nicht gestatten könne, seine eigene Handlung anzufechten*). Indessen vergaß man zu bedenken, daß man nur dann der Wirksamkeit eigener Handlungen nicht widerstreben könn

*) Den aus l. 21. §. 1. D. 20. 1. hergenommenen Grund, erkennt Gesterding selbst für das an was er ist, für unstichhaltig.

wenn man diese Wirksamkeit, oder die Handlung selbst, als eine widerrechtliche oder schändliche darstellen müßte. Wer z. B. eine von ihm selbst vorgenommene, Emancipation angreift, weil er sie nicht nach den Gesetzen, etwa wegen Mangels von Zeugen vorgenommen *), der behauptet, er habe eine Widerrechtlichkeit begangen; denn das Gesetz sollte und mußte er kennen. Eine solche Behauptung nun ist nicht gestattet. Auf der andern Seite erscheint es nirgends verboten, vielmehr erlaubt, die Wirksamkeit seiner eigenen Handlung anzufechten, weil etwa nicht alle factischen Voraussetzungen vorhanden waren, sobald der Behauptende von sich selbst nichts Ungesetzliches, Schändliches aussagt **). Wer aber anführt, der Pfandberechtigte habe kein dingliches Recht, weil die verpfändete Sache ihm dem Verpfänder nicht gehört habe, der behauptet noch nicht, daß er etwas Widerrechtliches gethan habe. Denn widerrechtlich wäre die Verpfändung nur alsdann gewesen, wenn er wissentlich eine fremde Sache verpfändet hätte. Wo er aber nicht wissentlich verpfändete ***), da ist auch kein Grund vorhanden, weßhalb er nicht der Verpfändung und dem dinglichen Anspruch seines Gläubigers sollte entgegentreten können. Im allgemeinen aber darf man weder für das Wissen noch für das Nichtwissen bestimmt seyn, und deshalb auch

---

*) l. 25. pr. D. de adopt. (6, 7.) Ganz dasselbe Resultat erhält man wenn man die Bestimmungen über die condictio ob turpem causam näher erwägt.

**) Man halte uns nicht die dem Käufer zustehende exceptio rei venditae et traditae entgegen, denn der Käufer erlangt wirklich ein dingliches Recht, das nur einem bessern dinglichen Rechte weichen muß (l. 28. D. de contr. emt.); der Pfandgläubiger empfängt aber, so die Sache nicht dem Schuldner gehörte, gar kein dingliches Recht.

***) Man denke nur an den Fall, wo der Erbe einer Sache, die sein Erblasser als fremd besaß, verpfändet, ohne ihre Eigenschaft zu kennen.

nicht behaupten, der Schuldner müsse die Verpfändung gegen sich gelten lassen.

Wie man übrigens hierüber urtheilen möge, so müssen in allweg die Gesetze entscheiden, welche keinen Unterschied kennen, ob der Pfandberechtigte gegen den Schuldner oder gegen sonst Jemand die actio hypothecaria geltend mache.

L. 23. D. de prob. (22, 3.) Ante omnia probandum est, quod inter agentem et debitorem convenit, ut pignori hypothecaeve sit: sed et si hoc probet actor, illud quoque implere debet, rem pertinere ad debitorem eo tempore, quo convenit de pignore, aut cujus voluntate hypotheca data sit.

Das Gesetz fordert mithin vom Pfandberechtigten einen zweifachen Beweis, den der Pfandbestellung, und den, daß die Sache entweder dem Verpfänder gehört, oder daß der Eigenthümer eingewilligt habe. Es fordert diesen Beweis, als wesentlich für die actio hypothecaria ganz allgemein, ohne Rücksicht gegen wen geklagt wird; es fordert ihn sogar auf eine Weise, daß man beinahe diese Rücksicht als verworfen betrachten möchte. Denn es sondert den Beweis der beiden Sätze: ut pignori sit und: rem pertinere ad debitorem durchaus nicht, sondern spricht ganz bestimmt, daß der Beweis des erstern Satzes nicht zureiche, und immer und in allen Fällen der des zweiten mit geführt werden müsse. Wie nun der erste Satz von dem Pfandberechtigten selbst gegen den Schuldner zu führen ist, eben so ist auch der andere, welcher ihm nach dem Gesetz allenthalben zur Seite steht, gegen ihn zu führen, wenn die actio hypothecaria durchgreifen soll. Unter allen Umständen aber ist es nicht gestattet, ein allgemein redendes Gesetz ohne einen ausdrücklichen gesetzlichen Ausspruch aus allgemeinen Gründen zu beschränken, die nie gegen ein ausdrückliches Gesetz zu dessen Beschränkung gebraucht werden dürfen,

und um so weniger hier, wo der allgemein gebrauchte Satz, man dürfe seine eigene Handlung nicht anfechten, so viele Ausnahmen hat, daß er fast nicht allgemein genannt werden sollte.

Ausserdem glauben wir noch bemerken zu müssen, daß die Gesetze überall, wo sie von der Verpfändung einer fremden Sache im Verhältniß des Gläubigers zum Schuldner reden, nur die actio pigneratia contraria, und also das persönliche Recht erwähnen, nie aber auch nur die Spur enthalten, daß der Gläubiger gegen den Schuldner ein dingliches Recht durchsetzen könne *). Umgekehrt scheinen sie in l. 6. C. si res alien. pign. (8, 16.) dem Gläubiger auch gegen den Schuldner die actio hypothecaria geradezu abzusprechen, indem ihm das judicium contrarium zugesagt, und dieses judicium in den schroffsten Gegensatz mit der actio hypothecaria gesetzt wird.

3) Ausser den Fällen, wo ein ursprünglich ungültiges Pfand später gültig wurde, gab es nach dem bisherigen Rechte Umstände, unter welchen die Regel über Verpfändungen fremder Sachen gar keine Anwendung litt, d. h. wo die Verpfändung von Anfang als gültig erschien. Es fragt sich, inwiefern unser Gesetz hierin etwas geändert hat. Doch wir wollen ins Einzelne gehen.

a) War eine fremde Sache unter der Bedingung verpfändet worden: wenn sie einst des Verpfänders würde, so hatte diese Verpfändung alle Kraft, und wenn der Schuldner einst das Eigenthum erlangte, auch alle Wirkung. Diese Bestimmung muß auch jetzt noch gelten, erstlich, weil sie unser Gesetz nicht aufhebt. Ferner insofern dasselbe die ältere Rechtsregel bestätigt, und blos die Ausnahmen aufhebt, wo eine sonst ungültige Pfandbestellung gültig wurde, hat es die Aussprüche nicht verworfen, nach denen früher die Regel ursprünglich keine Anwendung bekam, vielmehr dieselben als Ausnahmen

*) l. 16. §. 1. l. 32. l. 36. §. 1. D. de pign. act.

dadurch bekräftigt, daß es andere Ausnahmen namentlich verwirft. Sodann enthält aber auch die Verpfändung einer fremden Sache auf den Fall, daß sie unser würde, eigentlich nur die Verpfändung einer eigenen Sache. So lange die Sache fremd ist, hat die Verpfändung kein Daseyn erhalten, weil ihre Bedingung noch nicht eintrat; tritt aber ihre Bedingung ein, so ist die Sache keine fremde mehr, weil ja die Bedingung gerade darauf gerichtet ist, daß die Sache keine fremde mehr seyn würde. Weiter verbietet unser Gesetz die Verpfändung künftig erst zu erwerbender Sachen ausdrücklich nur als generelle Verpfändung (Art. 10.), und gestattet eben damit ihre Verpfändung speciell, so wie es auch ein Pfand für künftige oder bedingte Forderungen gestattet, wenn nur die Summe der Forderung bekannt ist (Art. 11.). Endlich hat unser Gesetz eine solche Verpfändung beinahe ausdrücklich zugestanden.

Hat Jemand einen besondern Pfandrechtstitel, während die Verpfändung, aus welchem Grunde es sey, noch nicht definitiv vollzogen werden kann, weil, wie sich das Gesetz ganz allgemein äussert, „noch irgend eine Ergänzung erforderlich ist," so kann das Pfandrecht sogleich vorgemerkt werden. „Wird dann in der Folge der Anstand beseitigt, so ist das Unterpfand als zur Zeit der eingetragenen Vormerkung erworben zu betrachten." (Art. 79.) Das Gesetz erkennt also eine vorläufige Pfandbestellung an, sobald sie auf eine bestimmte Sache geht, es erkennt an, daß man über die Gegenwart hinaus den Blick auf die Zukunft richten könne. Dasselbe macht keinen Unterschied, worin auch der Mangel, der Anstand bestehe, weßhalb man eine Sache nicht definitiv verpfänden kann, welche Ergänzung noch erforderlich sey, um die Pfandbestellung wirklich vor sich gehen zu lassen. Es ließe sich aber gar nicht begreifen, warum ein Anstand, welcher daher rührt, daß der Verpfänder die Sache erst erwerben soll, anders beurtheilt, und der Verpfändung

mehr im Wege stehen müsse, als jeder andere Anstand. Nur bei einem „allgemeinen, auf künftige Erwerbungen sich beziehenden Titel" hat die Vormerkung nicht die Wirkung einer wahren Pfandbestellung (Art. 80.); zum deutlichen Beweise, daß sie bei einem speciellen auf künftigen Erwerb sich beziehenden Titel jene Wirkung in der That hat, d. h. die Vormerkung ein eigentliches nur von einer künftigen Thatsache abhängiges Pfandrecht ertheilt.

Man stoße sich auch nicht an die Worte: „bestimmtes Vermögensstück," welche der Art. 80. enthält. Denn damit ist nicht gemeint, daß die zu verpfändende Sache bereits dem Vermögen des Schuldners angehören müsse, wie überhaupt der Nerv nicht auf das Wort: „Vermögensstück," sondern auf das Wort: „bestimmt" zu legen ist. Das Vermögensstück, d. h. die Sache muß bestimmt seyn; und die Vormerkung darf nicht im Allgemeinen geschehen, weil man sonst gewissermaßen gegen die Specialität verstieße. Aber mehr gerade als dieses Specielle wird nicht erfordert, am wenigsten, daß der Schuldner die „bestimmte" Sache bereits erworben habe. Umgekehrt zeigt die Verwerfung des allgemeinen, auf Gegenwärtiges und Zukünftiges gerichteten Titels, durch den Gegensatz schon, daß man bei dem Zugestandenen nur das Specielle im Auge hatte, ohne Rücksicht, ob es der Schuldner schon erworben habe*).

Natürlich kann übrigens diese Pfandbestellung nicht eine eigentliche unbedingte seyn, sondern nur in der Vormerkung des Pfandrechts bestehen. Aber sie hat alle Folgen einer wahren Bestellung, und ertheilt, wenn der Mangel gehoben, die Ergänzung vorhanden, und um

---

*) Man vergleiche noch den Gesetzes-Entwurf und den Antrag der Stände, mit Art. 80. in den Verhandlungen der Stände von 1823 — 24. 3te ausserordentl. Beil.H. 1ste Abtheilung S. 20. §. 66. 2te Abtheilung S. 381.

ganz im fraglichen Fall zu reden, die Bedingung eingetreten ist, ein wahres, vollkommenes dingliches Recht, ein Pfandrecht vom Augenblick an, wo sie geschah. Doch wir werden das, was die Form der Pfandbestellung betrifft, so wie überhaupt den Einfluß der Oeffentlichkeit auf die Anordnung des vorliegenden Artikels, weiter unten näher erörtern; hier genüge die Anführung, daß man ein Pfandrecht auch an einer Sache erlangen kann, welche der Schuldner noch nicht erworben hat, sobald es nur nicht unbedingt, sondern auf den Fall der Erwerbung ertheilt wird.

b) Das Gleiche, sollte man meinen, trete da ein, wo Jemand eine fremde Sache verpfändet, auf die er vermöge eines persönlichen Rechts Ansprüche macht, die er zu fordern hat, und wobei man bisher annahm, er habe sie gleichsam unter der stillschweigenden Bedingung, daß sie sein würde, verpfändet [5]).

Hätte nun unser Gesetz über diesen Fall nicht was besonders festgesetzt, so würden wir kein Bedenken tragen, die Verpfändung einer solchen Sache ganz analog, wie im vorigen Fall ohne eine Unterscheidung für gültig zu erachten, sobald der Verpfänder in Folge seines Rechts die Sache wirklich später bekommt. Allein unser Artikel hat den Beisatz: „doch ist die Verpfändung eines Guts nach erfolgtem gerichtlichen Erkenntniß über einen das Eigenthum übertragenden Contrakt noch vor Vollziehung des Letztern zulässig.“ Das Gesetz hat mithin den Grundsatz festgestellt, daß sobald über das Geschäft, woraus das persönliche Recht zur Erlangung einer Sache ent-

---

5) Der Fall einer allgemeinen Verpfändung kann nach dem neuen Gesetz nicht mehr vorkommen, also auch in der Hinsicht das sonst Geltende keine Anwendung leiden. Nur bei der Verpfändung einer Gesammtheit von Zubehörungen findet etwas Aehnliches statt; worüber später noch gesprochen werden wird.

stand, vorher gerichtlich erkannt seye, der, welcher die Sache vermöge dieses persönlichen Rechts anspricht, sie mit allen gesetzlichen Wirkungen soll gültiger Weise verpfänden können. Ist über ein Geschäft gerichtlich erkannt, so mag die Sache allerdings vollkräftig verpfändet werden, noch ehe der Vertrag vollzogen, also noch ehe das Eigenthum erworben ist, das durch den blosen Vertrag nicht erworben wird, und wie sich die Stände in ihrem von der Regierung genehmigten Antrag ausdrücken, erst erworben werden soll [6]), also so lange der Verpfänder nur noch ein persönliches Recht hat.

Wäre aber über den Vertrag, oder über die Grundlage des persönlichen Rechts gerichtlich nicht erkannt, so könnte man leicht folgern, daß die Verpfändung der Sache gar nicht zuläßig, demnach, wenn sie vorgenommen wurde, ungültig sey. Indessen enthielt diese Folge was Unrichtiges.

Der Art. 60. des Gesetzes spricht negativ aus, wovon der Art. 6. das Gegentheil positiv anordnet.

Jener Artikel hat die Schlußbestimmung: „durch ein gegen diese Vorschrift bestelltes Unterpfand können die Rechte des bisherigen Besitzers nicht gefährdet werden.“ Wenn also eine Verpfändung noch vor dem gerichtlichen Erkenntniß und vor Vollziehung des Vertrags geschah, so wird sie nicht für ungültig erklärt, sondern nur ihre Wirksamkeit gegen den bisherigen Besitzer aufgehoben. Nur ihm gegenüber, und folglich auch allen denen gegenüber, die ein Recht auf die Sache von ihm ableiten, hat sie keine Bedeutung. In Hinsicht des Verpfänders aber, wenn er die Sache wirklich erwirbt, hat sie volles Gewicht. Gerade weil das Gesetz sie gegen

---

6) dominia rerum non nudis pactis transferuntur. l. 20. C. de pact. (2, 3.) Verhandlungen der Kammer der Abg. 3tes ausserord. Beil.H. 2te Abthlg. S. 379. u. 435.

den frühern Besitzer entkräftet, hat es sie umgekehrt gegen den Verpfänder bekräftigt. Denn sollte sie auch gegen diesen keine Kraft haben, so hätte das Gesetz sie rein weg für ungültig, nicht aber blos dem frühern Verpfänder gegenüber für kraftlos erklären müssen.

Wird folglich eine Sache verpfändet, die man einem persönlichen Rechte gemäß zu fordern hat, und es ist über das Geschäft, woraus das Recht entstand, noch nicht gerichtlich erkannt, so erzeugt die Verpfändung wohl ein dingliches Recht gegen den Verpfänder, so er die Sache einst erlangt, nicht aber gegen den frühern Besitzer.

Es ist hier am rechten Orte, einen Satz unsers frühern Rechts herauszuheben, um vermittelst desselben die Sanktionen des neuen zu verdeutlichen.

Hatte Jemand eine fremde Sache überhaupt unter der Bedingung verpfändet, daß er sie einst erwerben werde, oder hatte Jemand eine ihm vermöge einer persönlichen Verbindlichkeit geschuldete Sache verpfändet, so war zwar das Pfandrecht, wenn er die Sache erhielt, gegen ihn sowohl als gegen alle, welchen er nachher ein Recht an der Sache übertrug, voll Erfolgs, nicht aber gegen den frühern Eigenthümer und Besitzer noch gegen die, welche von dem frühern Besitzer ihr Recht ableiteten [7]).

Dieser Satz hat, was den Verpfänder und alle die betrifft, welche ihr Recht auf ihn stützen, noch jetzt volle Gültigkeit. Denn hätte er die nicht, so könnte das Pfandrecht selbst sie gar nicht haben.

Rücksichtlich des frühern Besitzers dagegen muß nach dem neuen Gesetz unterschieden werden. Ist erstlich eine fremde Sache bedingungsweise verpfändet, oder was dasselbe ist, ein Pfandrecht, weil die Erwerbung noch eine

---

7) l. 3. §. 1. D. qui pot. in pign. Gmelin, de jure pignoris quod creditori etc. §§. 55. u. 56. Bolley l. c. §. 49.

nothwendige Ergänzung enthielt, vorgemerkt worden, so tritt das Pfandrecht, wenn die Sache nachher erworben wird, rückwärts mit dem Augenblick der bedingten Pfandbestellung oder der Vormerkung in Kraft. Diese Kraft kann es aber nicht gegen die ausüben, welche von dem frühern Eigenthümer erworben, dessen Recht durch die bedingte Pfandbestellung eines Andern nicht beschränkt werden darf.

Ist aber ein vermöge einer persönlichen Verbindlichkeit geschuldeter Gegenstand verpfändet, und über das zu Grunde liegende Geschäft noch nicht gerichtlich erkannt worden, so hat die Pfandbestellung ebenfalls gegen den „bisherigen Besitzer" und alle, die ihr Recht auf den Gegenstand ihm verdanken, keine Wirkung.

Bis hieher stimmt auch das neue Gesetz mit dem ältern überein.

Wofern aber über das dem persönlichen Rechte vorangehende Geschäft bereits gerichtlich erkannt seyn sollte, so kann eben darum, weil die Verpfändung nach unserm Artikel in diesem Fall unbedingt geschehen darf, diese Verpfändung dem Rechte des bisherigen Besitzers und allen davon hergeleiteten Rechten nicht nachstehen. Sie kann um so weniger nachstehen, als der Art. 60. den frühern Besitzer nur alsdann vorzieht, wenn über das dem persönlichen Recht zu Grunde liegende Geschäft noch nicht erkannt wäre. Geschah sie aber nachher, so muß sie gegen jenen und seine Nachfolger wirksam seyn, eben weil sie zu einer Zeit geschah, wo sie nach dem Gesetz gegen den frühern Besitzer nicht für unwirksam erklärt wird. Da es mithin unserm Gesetze zufolge gleichgültig ist, ob das Geschäft nach dem Erkenntniß bereits vollzogen ist, da mit andern Worten, diese Wirkung auch bei der Pfandbestellung eines persönlich Berechtigten eintritt, so liegt hierin eine Abweichung von dem ältern Rechte, das ohne Rücksicht auf gerichtliches Erkenntniß das vom

frühern Eigenthümer bestellte Pfand dem, welches von einem persönlichen Berechtigten ertheilt war, vorzieht[8]).

3) Ausserdem ist zur Gültigkeit der Verpfändung die Einwilligung des Eigenthümers erforderlich, ohne welche gar kein dingliches Recht an der Sache entsteht. Wie diese Einwilligung ertheilt werde, mündlich oder schriftlich, ausdrücklich oder stillschweigend, das macht natürlich keinen Unterschied, vorausgesetzt nur, daß die Einwilligung rechtlich vorhanden sey. Wenn sie aber vorhanden sey, darüber gibt uns das vorliegende Gesetz keinen Aufschluß, und wir sind daher an das bisher Geltende verwiesen. In Hinsicht der stillschweigenden Einwilligung setzen aber unsere älteren Gesetze fest, daß derjenige, welcher einen Schein schreibe, oder unterschreibe, worin seine Güter verpfändet sind, als einwilligend behandelt werden solle[9]). Nun kann zwar nach dem neuen Gesetze das nicht mehr gerade so vorkommen, weil es keine Privatpfänder mehr gibt. Dagegen muß der Grundsatz analog darauf angewendet werden, wenn Jemand eine Urkunde unterschreibt, worin einem Andern auf Sachen, die dem Schreibenden gehören, ein Pfandrecht versprochen, also ein Pfandrechts-Titel zugestanden wird. Denn der Grund der gesetzlichen Anordnung tritt auch hier ein; auch hier läßt sich nur die Alternative annehmen, daß der Schreibende entweder den Titel selbst zugestehen, also seine Einwilligung zur Verpfändung geben, oder den Gläubiger im falschem Glauben der Sicherheit lassen, hintergehen wollte. Der letztere Fall wird nach unsern

---

8) Welches Mittel der persönlich Berechtigte hat, um sich und seine Gläubiger je nach den Umständen gegen Verfügungen namentlich Verpfändungen des bisherigen Besitzers zu schützen, davon weiter unten, wo wir auf diese Ausführung zurückkommen, auch den Grund der bemerkten Abweichung kennen lernen werden.

9) l. 26. §. 1. D. de pign. (20, 1.)

bisherigen auch jetzt noch geltenden Rechtsansichten wie der erstere behandelt. Denn der Eigenthümer einer verpfändeten Sache, welcher um die Verpfändung weiß, und sein Eigenthum zum Schaden des Gläubigers verschweigt, wird eben so behandelt, als hätte er eingewilligt [10]). Allein wo das Eine Glied der Alternative die Vermuthung eines wissentlich gestifteten Schadens, eines Unrechts enthielte, da können wir nur das andere Glied als wahr annehmen. Aus dem gleichen Grunde kann man aber nicht umhin, auch der bloßen Gegenwart des Eigenthümers bei der Verpfändung seiner Sache dieselbe Wirkung beizulegen. Diesem zufolge müßten obrigkeitliche Personen, welche der Errichtung des Unterpfands anwohnten, oder den Eintrag in das Unterpfandsbuch oder den Pfandschein unterzeichneten als einwilligend betrachtet werden, sobald ihre eigenen Sachen von einem Nicht-Eigenthümer zum Unterpfand gegeben wurden [11]).

Wir erlauben uns hier nicht, eine Frage zu übergeben, die nach dem ältern Rechte keine Zweifel erzeugen kann, deren Entscheidung aber nach dem vorliegenden Gesetze einiges Bedenken erregen könnte. Wenn nehmlich der Eigenthümer nicht im Augenblicke der Verpfändung einwilligt aber nachher dieselbe genehmigt, so dürfte man an der Wirksamkeit dieser Genehmigung vielleicht deßhalb zweifeln, weil unser Gesetz die Pfandbestellung ohne Einwilligung von Anfang an für durchaus nichtig erklärt. Allein das ist ja gerade bei der Verpfändung einer fremden Sache ausdrücklich ausgesprochen, daß die Genehmigung auf die Zeit der Verpfändung zurückbezogen werde *),

---

10) l. 2. C. si res al. (8, 16.) Diese Behauptung betrifft zunächst den Eigenthümer selbst. Das Verhältniß von andern Pfandgläubigern, die ihr Recht nachher von ihm selbst erhielten, wird später erörtert werden.

11) Bolley l. c. §. 39.

*) l. 16. §. 1. D. de pign. (20, 1.)

also hintennach angenommen werden müße, die Einwilligung des Eigenthümers sey von Anfang an dazu gekommen. Indessen mögen wir nicht vergessen, daß dieses Zurückziehen den Erwerbungen Anderer, welche sich vor der Genehmigung ereigneten, nicht im Wege stehe.

Auch die Genehmigung kann wie die Einwilligung stillschweigend erfolgen. Ein Beispiel davon liefern uns die Gesetze in Hinsicht der Bürgschaft. Wenn nehmlich der Eigenthümer, dessen Sache von einem Fremden verpfändet wurde, nach der Verpfändung für die Schuld, welche durch seine Sachen gesichert wurde, Bürgschaft leistet, so nimmt das Gesetz an, er habe die früher vorgenommene Verpfändung genehmigt*).

Es darf dabei aber kaum bemerkt werden, daß hier eben so wie bei der ausdrücklichen Genehmigung die Rechte unverletzt bleiben, welche man vor der geleisteten Bürgschaft, also vor dem Zeitpunkt, wo die Genehmigung erfolgte, von dem Eigenthümer erwarb.

---

*) l. 5. §. 2. D. in quib. caus. pig. (20, 2.) Bolley l. c. §. 39.

Art. 7.

Unter welchen Voraussetzungen auf ein untergeordnetes oder beschränktes Eigenthum, namentlich auf Lehen und Fideicommisse, ein Unterpfand erworben werden könne, ist nach den bestehenden Gesetzen zu ermessen.

Derjenige, dessen Eigenthum in eines Andern Nutznießung steht, kann die Substanz der Sache verpfänden.

Das Unterpfandsrecht erstreckt sich jedoch nicht auf die Früchte, so lange die Nutznießung dauert.

Der vorliegende Artikel verweißt uns in seinem ersten Abschnitt lediglich an die bestehenden, bisher geltenden Gesetze. Dieser Abschnitt spricht von untergeordnetem und beschränktem Eigenthum. Ein Eigenthum heißt aber ungeordnet oder beschränkt, wenn entweder die in demselben enthaltenen Rechte getheilt, oder wo sie ungetheilt einem einzigen zustehen, an eine bestimmte Zeit geknüpft sind. Wir würden indessen genau genommen, nur von den Fällen zu reden haben, in welchen dem Verpfänder ein Eigenthum, wie untergeordnet und beschränkt es sey, zukommt, nicht aber davon, wo er nur ein jus in re aber kein Eigenthum ansprechen kann. Dennoch dürfte es hier nicht unpassend seyn, von einigen jura in re zu handeln, die wenigstens etwelche Analogie mit einem beschränkten Eigenthum haben.

1) Wir beginnen mit der Superficies. Der Superficiar hat kein Eigenthum, er ist nicht dominus, sondern nur mit einem jus in re versehen [1]), wodurch das Eigen-

---

1) v. Savigny, Besitz (4e Ausg. §§. 9. u. 23. S. 247. u. f.

thum eines Andern beschränkt wird. Daß er nun seine Superficies unbedingt verpfänden könne, geht schon daraus hervor, weil er sie überhaupt veräussern darf; ist aber auch durch ausdrückliche Gesetze gestattet [2]). Dabei ist weder die Einwilligung des Herrn des Bodens nothwendig, noch irgend eine Ankündigung an denselben.

Aehnlich der Superficies gewährt auch die eigentliche Emphyteuse kein Eigenthum, sondern nur ein jus in re [3]), und kann eben so ohne Einwilligung des dominus verpfändet werden [4]). Zwar könnte man vielleicht aus l. 3. C. de jur. emphyt. (4, 66.) den Schluß ziehen wollen, daß auch zur Verpfändung der Consens des dominus gehöre, weil die Stelle im Eingange von alienare spreche, eine alienatio aber im Allgemeinen auch die Verpfändung in sich begreife. Dennoch wäre dieser Schluß unrichtig. Man lese nur Justinians Verordnung selbst:

l. 3. C. de jur. emphyt. Imperator Justinianus A. Juliano, P. P.

Cum dubitabatur utrum emphyteuta debeat cum domini voluntate suas meliorationes,..... alienare vel jus emphyteuticum in alium transferre, an ejus expectare consensum; sancimus, si quidem.....Sin autem nullo modo hujusmodi pactio interposita est,.....; minime licere emphyteutae sine consensu domini meliorationes suas aliis vendere, vel jus emphyteuticum transferre.

---

2) l. 1. §. 7. D. de superf. (43, 18.) l. 39. §. 5. D. de leg. I. der Ausdruck solarium wird namentlich bei der Superficies gebraucht. l. 1. §. 17. D. ne quid in loc. pub. (43, 9.) l. 16. §. 2. D. de pign. act. (13, 7.) l. 15. D. qui pot. in pign. (20, 4.).

3) Thibaut, civil. Abhandl. Nr. 11. S. 266. u. f. womit jetzt auch von Savigny übereinstimmt l. c. §. 9. S. 87—89.

4) l. 16. §. 2. D. de pign. act. l. 31. D. de pign.

Das Gesetz spricht mithin nicht von einer alienatio überhaupt, sondern von einer wahren Veräusserung, wodurch die Emphyteuse sogleich auf einen andern übertragen wird. Denn es erklärt alienare mit jus emphyteuticum in alium transferre; so wie es vendere eben damit erklärt, und gerade dieses vendere im Nachsatze statt des alienare im Eingange gebraucht, zum deutlichsten Beweise, daß hier nicht von einem alienare überhaupt, sondern von einem bestimmten alienare, von einem solchen gehandelt werde, welches in dem jus transferre oder vendere besteht. Da mithin das Gesetz nur von der vollen Uebertragung der Emphyteuse, oder dem Verkauf derselben bestimmt redet, so kann die Verpfändung, welche zwar von dem allgemeinen Wort alienatio nicht aber von dem bestimmten: Verkauf umfaßt wird, auch nicht von dem Verbote des Gesetzes, die Emphyteuse ohne den Mitwillen des domini zu verkaufen und auf einen andern zu übertragen, umfaßt werden.

Zu dem kommt noch, daß das Vorkaufsrecht des domini, und sein Anspruch auf ein Auffahrtsgeld mit jenem Verbot in den engsten Zusammenhang gesetzt wird. Da nun beide bei einer Verpfändung nicht leicht denkbar sind, sich aber doch ganz genau auf das vorhergehende Verbot beziehen, so kann dieses Verbot unmöglich die Verpfändung treffen[5]).

Indessen dürfen wir nicht unbemerkt lassen, daß einige würtembergische Rechtsgelehrte wenigstens keine Verpfändung einer Emphyteuse ohne Einwilligung des domini gestatten, und sich zu der Ansicht durch die Landes-Ordnung Tit. 16. §§. 1. 2. verleiten lassen[6]). Allein abgesehen

---

5) Hug. Donell. Comment. jur. civ. l. 9. c. 15. Ulr. Huber, prael. ad Pand. l. 6. Tit. 3. §. 12. Voet, Comment. ad eund. tit. §. 24. Gmelin, de jure pign. etc. §. 8.

6) Lauterbach, Colleg. Pand. l. 6. Tit. §. 17. Gmelin l. c.

davon, daß diese Stelle der Emphyteuse gar nicht erwähnt, so würde selbst das namentliche Benennen desselben keine Bedeutung haben, da bekanntlich dieser Name vielfältig für ganz andere Verhältnisse gebraucht wird. Die von der Land.Ord. bemerkten Verhältnisse aber sind in ihrem wahren Wesen von der Emphyteuse verschieden [7]), und man darf von ihnen, die eine ganz eigenthümliche historische Grundlage haben, keinen Schluß auf die Emphyteuse machen.

2) Ein dem Eigenthum viel näher stehendes Recht ist das des Lehensmanns, wie auch unser Gesetz der gangbaren juristischen Sprache [8]) gemäß das Lehen ausdrücklich als eine Art beschränkten Eigenthums anführt. Wir müssen aber, wenn von Lehen geredet wird, die eigentlichen Lehen unterscheiden von den sogenannten Bauernlehen. Ueber jene haben wir in Würtemberg keine eigenen, von dem gemeinen Recht verschiedenen Bestimmungen. Vielmehr sind wir zur Beantwortung der Frage, in wiefern ein Lehen verpfändet werden könne? ganz an das gemeine longobardische Lehenrecht gewiesen.

Die Verpfändung eines Lehens muß aber von zwei Seiten betrachtet werden, einmal von Seiten der Lehensherrschaft und dann von Seiten der Nachfolge.

3) Man nimmt in der Regel an, daß der Lehensherr durchaus an keine Verpfändung gebunden sey, welche ohne seine Einwilligung vor sich gieng, und zwar ausser allem Unterschied [9]). Indessen dürfte es doch der

---

7) Carl v. Buri ausführliche Erl. des in Teutschland üblichen Lehnrechts, 4r Thl. 38 Kap. S. 257. Weishaar, Würtemb. Landrecht, 2r Thl. §. 428. Eichhorn, Einleitung ꝛc. §§. 256. u. 257.

8) Päz, Lehenrecht §§. 23. 24. Eichhorn l. c. §§. 158. 190.

9) Horn, Jurisprud. feud. c. IV. §. 12, Boehmer, de hypoth. feud. expressa (in den exercit. ad Pand. Nr. 59.). Baur, de

Mühe werth seyn, unsere Gesetze genauer zu prüfen. Wir glauben aber, wie bei allen Untersuchungen des positiven Rechts, durch historische Forschung unserm Ziele am nächsten zu kommen.

Vor Lothar und Friederich konnte jeder Vasall auch ohne Einwilligung des Lehensherrn das Lehen wo nicht ganz so doch theilweise (retenta alia parte [10]), d. h. zur Hälfte veräussern (in medium sine domini voluntate poterit hoc [vendere etc.] facere [11]). Eine solche Veräusserung galt nicht nur so lange der Vasall lebte, ohne das Lehen zu verlieren, sondern auch nach seinem Tode, sofern er lehensfähige Descendenten hinterließ. Aufserdem fiel das Lehen an den Lehensherrn zurück (I. F. 13. — — — eo mortuo sine legitimo herede masculo revertitur feudum ad dominum. II. F. 9. — — — si tamen sine herede masculo descendente decedebat, vel feudum in manu domini refutabat, aut alia ratione intercedente culpa ammittebat, tunc omnis feudi alienatio ad irritum revocabatur), ohne alle Rücksicht auf die Veräusserung, es wäre denn, daß der, welcher von dem Vasallen erwarb, das Lehen nicht als freies Eigenthum, sondern als Lehen behalten wollte (II. F. 9. — — — eo excepto, quod ille qui secundo loco beneficium acceperat, non amittebat, si priori

---

hypoth. feud. absque consensu adgnatorum et simult. invest. subsistente. Weber, Handbuch des Lehenrechts, Thl. 4. §. 268.

10) II. F. 9. Eine andere Stelle II. F. 73. sagt auch unbestimmt: nisi majorem partem retinuerit.

11) I. F. 13. Wir nehmen ohne Bedenken das hier ausgesprochene Maaß für bestimmend an, und um so mehr, als major pars nicht gerade das Verhältniß des veräusserten Theils zu dem nicht veräusserten ausdrückt, sondern auch heißen kann, ein ziemlich großer Theil. Man denke nur an das: Senectus est natura loquacior.

domino servire, et ab eo feudum recognoscere volebat *).

Unter Veräusserung war aber auch Verpfändung begriffen; nur nicht jede Verpfändung. Dafür bürgt folgende Stelle:

I. F. 5. pr. — — — aut pro pignore plus medietate obligaverit, ita ut transactum permittat.

Cujacius erklärt die Stelle durch eine Veränderung des Textes, indem er statt transactum liest: distractionem [12]). Wir können uns bei dieser Erklärung nicht beruhigen. Welches Pfand ist denn so beschaffen, daß es die Veräusserung nicht endlich gestatte? Wir glauben daher, daß die Stelle den Sinn habe, eine Verpfändung sey verboten, wodurch dem Gläubiger erlaubt wird, die verpfändete Sache in die Schuld zu nehmen, und dafür zu behalten, also eine jede in der Form des Kaufs abgeschlossene, oder mit dem commissorischen Nebenvertrag, was vielleicht in der Regel geschah, verbundene Pfandbestellung [13]). Jede andere Art der Verpfändung, namentlich

---

*) Wir beziehen das: secundo loco nicht blos auf die Afterbelehnung, sondern auch auf Veräusserung überhaupt, und geben ihm den Sinn: wer das Lehen nicht von dem ursprünglichen Eigenthümer erwarb, sondern von dem, der es durch ihn hat, ohne Rücksicht, welcher Art diese Erwerbung ist. Im Teutschen würde man dafür sagen: wer das Lehen aus der zweiten Hand, d. h. der des Vasallen erwarb.

12) Cujacius, de feud. l. 2. Tit. 2. Er beruft sich zur Rechtfertigung auf einen liber vetustissimus.

13) Diese Bedeutung des Ausdrucks: transactum — wird bestätigt durch Leg. Longob. I. Tit. 25. §. 67. Si cujuscunque servus aut aldius, ancilla aut aldia in furto comprehensi fuerint et dominus eorum neglexerit eos liberare, — — — sint fenfangy, et habeat eos in transactum cui furtum fecerint. Von einer solchen Verpfändung sagt man

die Hypothek, war demnach auch in insofern gestattet, als sie auf das Ganze gieng, nicht bloß die Hälfte umfaßte, und keinen commissorischen Nebenvertrag enthielt.

Dieses ältere Recht ward durch Lothar und Friedrich aufgehoben, welche die Veräusserung und mithin auch die Verpfändung sogar unter der Hälfte verboten [14]), ein Verbot, das ausdrücklich auf die Art von Verpfändung bezogen wird, die das frühere Recht schon theilweise untersagt hatte *). So wenig also das frühere Verbot, nicht über die Hälfte zu veräussern, die Hypothek traf, eben so wenig kann sie das neuere, durchgehende Vorbot der Kaiser treffen. Es ist aber wohl gleichgültig, ob die Longobarden in früherer Zeit die Hypothek kannten, oder auch nicht kannten; wenn wir gleich oben nachgewiesen haben, daß sie denselben nicht unbekannt gewesen sey, wie sie ihnen gewiß später nicht mehr unbekannt seyn konnte, nachdem dieselben mit dem römischen Rechte vertrauter wurden, und es sogar in Lehenssachen als subsidiarische Norm der Entscheidung gelten ließen. Denn selbst, wenn ihnen die Hypothek recht spät erst bekannt wurde, kann man doch nur, wie wir thaten, eine mit commissorischem Vertrag verbundene Verpfändung als verboten darstellen; da das Verbot der Kaiser sich auf das frühere Recht bezieht, wonach blos eine solche theilweise unerlaubt war.

Eine ohne den Willen des Lehensherrn und ohne commissorischen Vertrag bestellte Hypothek ist gültig [15]).

---

auch pignus consultum, aus dem Grunde, weil dadurch creditori melius consulitur. II. F. 8. §. ult. Cujac. de feud. l. 2. Tit. 9. Balzarini, Comment. ad l. 2. Tit. 8.

14) II. F. 52. 55.

*) II. F. 9. 55.

15) Die Gültigkeit der Hypothek an sich erkennt auch an Baur l. c. §§. 9. 10. Weber, Handbuch Thl. 4. §. 268. Boehmer

Damit haben wir aber weder über die Gültigkeit einer in ihrer Folge vorzunehmenden Veräusserung noch darüber entschieden, welches die Wirkungen eines Heimfalls seyn möchten. Eine wahre Veräusserung wäre nach älterem Recht bis zur Hälfte gestattet gewesen, und kann nach neuerem Recht durchaus gar nicht mehr als gestattet angesehen werden. Käme ferner das Lehen auf irgend eine Weise an den Lehensherrn zurück, so wäre selbst nach diesem ältern Rechte der neue Erwerber nicht geschützt; um so weniger könnte der Gläubiger, welcher eine Hypothek erhielt, jetzt gegen den Lehensherrn, ohne dessen Willen die Verpfändung vorgenommen wurde, irgend eine Befugniß geltend machen.

Dennoch darf man nicht zu bemerken ausser Acht lassen, daß eine Veräusserung nur insofern verboten war und ist, als sie unbedingt geschah. Eine Veräusserung, vermöge deren der Erwerber das Lehengut zu Lehen empfing, war und ist nicht untersagt [16]). Wenn daher in Folge der Hypothek keine Veräusserung zu freyem Eigenthum erlaubt ist, so steht doch einer Veräusserung zu Lehen an den Gläubiger wie an jeden dritten Nichts im Wege.

Da nun bei uns keine eigentlichen commissorischen Verträge vorkommen, so leidet es keinen Zweifel, daß

---

dagegen l. c. cap. 1. §. 2. glaubt, daß sich die Verordnung Friederichs auch auf Hypotheken beziehe. Man sieht aber nicht, weßhalb er nach dieser Ansicht die Hypothek denn doch nicht wie das pignus behandelt. Vielleicht würde auch er die Ansicht aufgegeben haben, wenn er zwischen der Verpfändung an sich, und der Veräusserung unterschieden hätte. Die Hypothek an sich äussert ihre Folgen nur auf den Vasallen, dessen Nachkommen und andere Gläubiger derselben; die Veräusserung auch auf den Lehensherrn.

16) Baur l. c. §. 6. Weber, Handbuch Thl. 4. §. 288. Eichhorn, Einleitung in das teutsche Privatrecht §. 229.

jede Hypothek bei Lehengütern auch ohne den Willen des Lehensherrn wirksam sey, und daß jede spätere Veräusserung der verpfändeteten Sache mit voller Sicherheit gegen den Lehensherrn geschehen könne, gebraucht man nur die Vorsicht, zu Lehen zu veräussern. Fällt dann das Lehen an den Lehensherrn heim, und die Veräusserung ist bereits vor sich gegangen, und zwar zu Lehen, so hat der Lehensherr kein anderes Recht, als von dem Erwerber, wer der sey, zu verlangen, das er das Lehengut als Lehen besitze, und ihn als Lehensherrn anerkenne.

Ist hingegen die Veräusserung noch nicht vorgenommen worden, so kann die errichtete Hypothek dem Lehensherrn, an welchen das Lehen heimgefallen, durchaus nicht schaden; und so wäre der Gläubiger in dieser Lage schlimmer daran, als wenn das Lehengut bereits in Folge der Hypothek zu Lehen veräussert seyn würde.

Was die Oppignoration des Lehens betrifft, so ist auch sie nicht unbedingt verboten, noch als Felonie zu betrachten. Blos alsdann war sie nach älterem Rechte ungültig, und konnte sogar Felonie werden, wenn sie mehr denn die Hälfte des Lehenguts umfaßte, in der Form des Kaufs (cum fiducia) oder mit einem commissorischen Nebenvertrag abgeschlossen war. In allen andern Fällen, also als bloßes pignus, war sie nicht unerlaubt. Lothar und Friederich haben ebenfalls nur das ganz verboten, was früher theilweise verboten war. Aber sie haben keine andere Art der Verpfändung untersagt.

Dieß geht auch klar aus dem Geiste ihrer Gesetze hervor. Der Lehensherr soll nie durch eine Veräusserung in die Lage kommen können, der Lehendienste völlig entbehren, und der Vasall nie in eine, seiner Treue durchaus entsagen zu müßen. Eine solche Gefahr stund aber eigentlich nur bei der Verpfändung in der Form des Kaufs oder auch bei einem commissorischen Vertrag zu fürchten. Bei der einfachen Hypothek nicht; weil da der Vasall im Recht und Genuß des Lehens bleibt, und

wenn eine Veräusserung in Folge dieser Verpfändung vor sich geht, sie nur zu Lehen geschehen könnte. Sonst würde sie wirklich unstatthaft seyn. Auch beim gewöhnlichen pignus nicht; weil der Schuldner, kommt auch der Gläubiger in den Besitz des Lehens, doch nicht des Rechts am Lehen entbehrt, und eine jede Veränsserung von Seiten des Gläubigers nichts weniger als erlaubt ist.

Bei beiden bestund und besteht das Recht des Gläubigers blos darin, sich aus den Früchten des Lehens bezahlt zu machen, und höchstens eine Veräusserung zu Lehen zu verlangen. Wenn sonach in Folge des gemeinen Rechts sowohl die einfache Hypothek als das gewöhnliche pignus, welche auf einem Lehen bestellt worden waren, für gültig galten, und mithin auch in neuerer Zeit, wo weder ein Kauf cum fiducia noch commissorische Verträge möglich und gebräuchlich gewesen sind, die Hypothek und das pignus in der Regel als gültig angesehen werden mußten*), so könnte es sich nur noch fragen, in wie fern diesen Grundsätzen auch in den würtembergischen Gesetzen gehuldigt worden sey.

Mag nun immerhin den Obrigkeiten, welche über öffentliche Verpfändungen erkennen, die Untersuchung zur Pflicht gemacht worden seyn, ob das verpfändete Gut freies Eigenthum oder Lehen, und im letztern Falle, ob die Einwilligung des Lehensherrn vorhanden sey**), so war damit noch nicht ausgesprochen, daß eine jede Ver-

---

*) Zum Theil abweichend ist Eichhorn l. c. §§. 224. u. 225.

**) Rescr. vom 19. Jan. 1808, (Reg. Bl. S. 321. folg.), vom 8. Sept. 1810. sammt Beil. (Reg. Bl. S. 415. u. folg.). Nicht mehr können die Gesetze über die Bauernlehen entscheiden; denn sie dürfen nicht auf die eigentlichen Lehen herüber gezogen werden, weil die Bestimmungen darüber zum Theil durch ganz andere Momente, und andere, von den wahren Lehen verschiedenartige Rechtsverhältnisse veranlaßt sind.

pfändung des Lehens ohne Einwilligung des Lehensherrn durchaus nicht gelte, sondern nur und allein, daß die Behörden, wenn sie nachläßiger wären, wohl möglich einmal einzustehen haben würden.

4) Gehen wir von der bisherigen Erörterung, und von den im Geiste unserer frühern Gesetze liegenden Ansichten über, zum Unterpfande im Sinne des gegenwärtigen Gesetzes, so ist es klar, daß dasselbe gültiger Weise auch ohne Einwilligung des Lehensherrn bestellt werden möge. Denn da in der Regel mit dem Unterpfand weder ein vorläufiger Verkauf noch ein commissorischer Vertrag, nicht einmal der Besitz und Genuß des verpfändeten Guts verbunden ist, so kann die Verpfändung den bisherigen Gesetzen analog unmöglich an sich selbst für ungültig angesehen werden. Nicht einmal die an die Unterpfands-Bestellung geknüpfte Uebertragung des Besitzes, würde jene Bestellung nichtig machen, so wenig als nach dem bisherigen Rechte die Oppigneration des Lehens kraftlos bliebe.

Trotz dem übrigens, daß die Bestellung eines Unterpfands in der Regel auch ohne Wissen und Willen des Lehensherrn gültig ist, so kann in Folge derselben eine Veräusserung doch nur dann Statt haben, wenn der neue Erwerber, der Gläubiger oder sonst Jemand das Verpfändete als Lehen erwirbt, und den Lehensherrn als solchen anerkennt.

Fiele aber das Lehen aus irgend einem Grunde an den Lehensherrn zurück, ehe und daß eine Veräusserung zu Lehen geschah, so könnte das bestellte Unterpfand dem Lehensherrn nicht schaden, und der Gläubiger hätte keine Rechte gegen denselben geltend zu machen.

Diese nach den bisherigen Gesetzen eintretenden und bereits einmal erwähnten Wirkungen der Lehensverpfändung, wonach die Lage des Gläubigers nach der Veräusserung besser ist als vor derselben, und die des Lehensherrn im Ganzen vor derselben besser ist als nachher,

diese Wirkungen, sagen wir, sind ganz natürlich. Vor der Veräusserung müßte man den Lehensherrn erst dazu nöthigen; während er doch in die Verpfändung nicht willigte, und die einseitige Verpfändung des Lehensmannes seinen Rechten nicht nachtheilig werden kann. Nach der Veräusserung aber fragt es sich blos, in wiefern dieselbe von dem Lehensherrn angefochten werden könne. Angefochten kann aber eine ohne den Willen des Lehensherrn vorgenommene Veräusserung nun alsdann werden, wenn sie nicht zu Lehen geschah, und der Erwerber das Lehen nicht als Lehen, und den Lehensherrn nicht als Lehensherrn anerkennen wollte *).

5) Soll indessen die Pfandbestellung unter allen Umständen auch gegen den Lehensheren gültig seyn, so muß seine Einwilligung dazu kommen. Wie diese ertheilt werde, mündlich oder schriftlich, ausdrücklich oder stillschweigend, das macht keinen Unterschied. Freilich wird der Gläubiger, wie Weber [17]) richtig bemerkt, bei einer stillschweigenden Einwilligung nicht so sicher seyn, als bei einer ausdrücklichen; allein die Unsicherheit entsteht hier mehr aus der zweifelhaften Erklärung von Thatsachen. Wo übrigens concludente Handlungen vorliegen, da ist nicht abzusehen, warum man die Einwilligung nicht als vorhanden, oder den Gläubiger nicht als hinlänglich gesichert annehmen sollte. Denn das Gesetz verlangt blos

---

*) Indem wir einer Veräusserung zu Lehen auch in Hinsicht des Lehensherrn Kraft geben, thun wir nichts anders, als was alle Rechtslehrer thun, welche eine auch ohne den Willen des Lehensherrn vorgenommene Subinfeudation selbst gegen den Lehensherrn für gültig erklären, vorausgesetzt, der neue Erwerber werde ihn als Lehensherrn anerkennen.

Die Pflichten des Gerichts bei einer solchen Verpfändung, seine Verantwortlichkeit gegen den Gläubiger und Lehensherrn werden weiter unten erörtert werden.

17) Handbuch des Lehenrechts, Thl. 4. §. 268.

Einwilligung, aber keine bestimmte Form dieser Einwilligung. — Ihr Daseyn muß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen beurtheilt werden, nach welchen eine aus Thatsachen mit rechtlicher Genüge geschlossene Einwilligung eben so gut ist, als eine ausdrücklich ertheilte [18]).

Auch die nachfolgende Einwilligung, die Ratihabition ist hinreichend, um der Verpfändung dem Lehensherrn gegenüber volle Wirksamkeit zu verleihen [19]). Da aber die Ratihabition bei der Verpfändung einer fremden Sache zurückgezogen wird, so muß sie es noch mehr bei der Verpfändung eines Lehens werden.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß der Lehensherr seinem Consens alle mögliche Modificationen geben kann. Hier bedarf nur das einer Bemerkung, daß wenn der Consens zur Verpfändung für eine gewisse Zeit ertheilt wird, dem Gläubiger seine Rechte gegen den Lehensherrn unversehrt bleiben, im Fall er vor Ablauf jener Zeit seine Klagen angebracht hat [20]).

Diese Einwilligung kann nicht weniger gleich Anfangs mit der Ertheilung des Lehens, oder später, etwa bei einer Investitur-Erneuerung, mittelbar gegeben werden. Wird nehmlich das Lehen gleich von Anfang als ein veräusserliches dem Vasallen verliehen, oder in der Folge zu einem veräusserlichen gemacht, so lei-

---

18) Wir können daher Böhmer l. c. Kap. I. §§. 5. u. 6. nicht beistimmen, wenn er im Allgemeinen eine ausdrückliche Einwilligung fordert.

19) Böhmer l. c. Kap. I. §. 6. Weber l. c.

20) Dieß ist schon nach Analogie der Bürgschaft wahr, wobei der Bürge auch unter der Perpetuirung der Hauptschuld gegenüber vom Schuldner leidet. Man vergl. l. 58. §. 1. D. de fidej. (46, 1.) u. l. 29. D. de nov. (46, 2.) und sehe noch Böhmer l. c. Kap. II. §. 8. Weber l. c. Thl. 4. §. 269.

det es keinen Zweifel, daß der Vasall in Rücksicht auf den Lehensherrn vollkommen freie Hände hat [21]). Sofern von einer wahren, völligen Veräusserung die Rede ist, scheint man darüber einverstanden zu seyn. Dagegen glauben Einige, daß die Einwilligung in eine völlige Veräusserung noch nicht die in eine Verpfändung enthalte [22]). Indessen ist schon im Allgemeinen nicht abzusehen, wie derjenige, welcher in das Mehr willigt, nicht auch in das Weniger soll gewilligt haben. Böhmer und Weber meinen, die Verpfändung sey dem Lehensherrn nachtheiliger als der Verkauf, weil der Lehensherr bei der erstern auf Bezahlung der Schuld belangt werden könne. Allein da der Lehensherr, wenn er in die Verpfändung willigt, nur in dem Betracht wegen der Schuld belangt werden kann, als er, wollte er nicht zahlen, die Sache herausgeben müßte, da er in keinem Fall, wenn er nicht ausdrücklich dafür einstand, unbedingt gehalten ist, die Schuld zu zahlen, so ist das Schlimmste, was er fürchten dürfte, nichts Anderes, als die Veräusserung des Lehens, mithin eben das, worein er wirklich gewilligt hat. Die Verpfändung führt demnach keinen größern Nachtheil, denn die völlige Veräusserung mit sich.

Dieser aus der Natur der Sache fließende Grund findet in den Gesetzen vollkommene Unterstützung, deren Analogie hier allerdings entscheiden muß. Daß in der eigentlichen Veräusserung mehr liege als in der Verpfändung, und daß der Schluß von jener auf diese vollständig und gültig sey, darüber sprechen sich unsere Gesetze

---

21) II. F. 26. §. penult. 48. Die Frage, ob der Vasall in einem solchen Fall nur zu Lehen veräussern dürfe, gehört zunächst nicht hieher.

22) Böhmer l. c. Kap. I. §. 7. Weber l. c. §. 268.

unzweideutig aus [23]). Umgekehrt verbieten dieselben oft die Veräusserung, während sie die Verpfändung gestatten. Namentlich gestatten sie bei der dem Lehen so nahe kommenden Emphyteuse die Verpfändung, während sie eine Veräusserung ohne das Wissen des Lehensherrn untersagen.

Welches Lehen ein veräusserliches sey, d. h. bei welchem Lehen dem Vasallen, vermöge der Investitur, schon das Recht zustehe, das Lehen ohne besondere Einwilligung zu veräussern, darüber kann man nur in concretem Fall entscheiden. Was sich etwa im Allgemeinen Bemerkenswerthes sagen ließe, dürfte sich darauf beschränken, daß erstlich aus einer Abänderung in der Successions-Ordnung noch keine Veräusserlichkeit gefolgert werden dürfe, und daß dieselbe zweitens bei einem wahren Erblehen vorausgesetzt werden müsse.

Ein wahres Erblehen, d. h. ein solches, wobei die Succession wie im Allod geregelt, und wobei auch Testamentserben zugelassen werden, führt nothwendig auch die Veräusserlichkeit mit sich. Denn da der Vasall dieses Lehen einem Jeden hinterlassen kann, so darf er es auch veräussern, und folglich auch ohne besondere Einwilligung des Lehensherrn verpfänden *). Man wende nicht ein, daß sich bei Erblehen die Befugniß zu veräussern nur auf den Todesfall beziehe, und daraus kein Schluß auf eine Veräusserung unter Lebenden gemacht werden könne. Halten doch die Lehensgesetze eine Veräusserung auf den Todesfall noch gar nicht für erlaubt, wenn man auch unter Lebenden veräussern dürfte. Dafür spricht ganz deutlich II. F. 9. Ob es schon nach ál-

---

23) l. 9. §. 1. D. de pign. (20, 1.) l. 18. §. 4. D. de pign. act. (13, 7.).

*) II. F. 48.

term Recht gestattet war, die Hälfte des Lehens zu veräussern, so konnte doch keine letztwillige Verfügung über dasselbe getroffen werden [24]). Wenn man demnach eine Veräusserung auf den Todesfall strenger beurtheilt, als eine unter Lebenden, jene das Mehr diese das Weniger enthält, so muß umgekehrt der Schluß von jener Veräusserung auf diese volle Bündigkeit haben *).

6) In Folge einer mit dem Willen des Lehensherrn vorangegangenen Pfandbestellung kann der Gläubiger nicht blos den Vasallen, sondern auch nach dem Heimfall den Lehensherrn so wie jeden dritten Besitzer mit der actio hypothecaria belangen, und zwar den Vasallen in Concurrenz mit der persönlichen Klage, den Lehensherrn und Dritten aber in der Regel nur mit der Pfandklage. Indessen mögen sich die letztern durch Zahlung der Schuld von der Herausgabe befreien; ohne daß sie deßhalb direkt auf die Zahlung belangt, oder unmittelbar dazu angehalten werden könnten **).

---

24) Wie denn diese Stelle ausdrücklich sagt: judicare pro anima nullius curiae poterat consuetudine. Man sehe noch Horn, Jurisprud. feud. c. 14. §. 4. Weber l. c. §. 265.

*) Dagegen Páz, Lehenrecht §. 141. Not. q., der aber mit sich selbst im Widerspruch ist, indem er §. 105. die Stelle II. F. 48. von einem wahren Erblehen versteht, und denn doch das leugnet, was in dieser Stelle mit dürren Worten enthalten ist: Si quis eà lege alicui feudum dederit, ut ipse et sui heredes, et cui ipse dederit habeant; ——— poterit id (feudum) vendere vel donare vel ——— etiam sine domini voluntate alienare etc. Der Schluß von letztwilligen Verfügungen auf Veräusserungen unter Lebenden, als von Mehr aufs Weniger, mußte schon nach der Analogie des Civilrechts, und der bei den ausserordentlichen Sondergütern der Haussöhne geltenden Grundsätzen, für treffend erachtet werden.

**) Es ist unfaßlich, wie man hierüber nur einigen Zweifel haben konnte, da die Natur der Sache — die Rede ist ja

Wird zur Veräusserung geschritten, so darf dabei nach der Ansicht der meisten Rechtslehrer, die übrigens geradezu den Gesetzen entgegen ist, der Lehensverband nicht aufgehoben werden, vielmehr soll die Veräusserung nur zu Lehen, und also auch nur an Lehensfähige geschehen [25]).

7) Ist auch der Gläubiger von Seiten des Lehensherrn sicher durch dessen Einwilligung, so ist er es damit noch nicht von Seiten der Lehens-Nachfolger.

Lehens-Nachfolger heißen hier alle, welchen vermöge der Investitur des ersten Erwerbers ein Recht auf das Lehen, und die Nachfolge in dasselbe geworden ist. Bei einem ordentlichen Lehen gehören nur die Agnaten hieher; sind aber ausserordentlicher Weise auch Weiber zur Nachfolge berechtigt, sey es, daß sie zugleich mit Männern, oder erst nach Erlöschung des Mannsstammes eintreten können, so müssen auch sie zu den Lehens-Nachfolgern gerechnet werden.

Den Lehens-Nachfolgern kann ihr Recht und ihre künftige Nachfolge durch keine Handlung des Lehensbesitzers, wie sehr auch der Lehensherr dazu gestimmt hätte, entzogen oder geschmälert werden [26]). Eben daher kann auch keine Verpfändung zu ihrem Nachtheil gültig seyn, wenn sie gleich, so lange der verpfändende Vasall lebt, volle Kraft hat *), und die Lehens-Nachfolger dem Gläu-

---

zunächst einzig von einer dinglichen Klage — und die ihr entsprechenden Gesetze ganz klar entscheiden l. 16. §. 3. D. 20. 1. l. 19. D. 20. 4. l. 12. §. 1. D. 20. 6. l. 14. C. de pign. (8, 14.) Man sehe Böhmer l. c. cap. II. §. 3—6. Baur l. c. §. 28.

25) Horn, Jurisprud. feud. cap. 19. §. 9. Böhmer l. c. cap. II. §. 12. Baur l. c. §. 25. Eichhorn, Einleitung in das teutsche Privatrecht §. 228.

26) I. F. 8. §. 1. II. F. 26. §. 15. 39. pr.

*) Baur l. c. §§. 14. 15.

biger sogar wegen der Früchte verhaftet sind, welche von dem verpfändenden Besitzer bezogen wurden [27]). Sobald mithin die Nachfolge an sie kommt, mögen sie alle zu ihrem Schaden und ohne ihre Einwilligung vorgenommenen Handlungen vernichten, und haben demnach von einem ohne ihre Einwilligung bestellten Pfandrecht Nichts zu fürchten.

Den Lehens-Nachfolgern stehen die eventuell Belehnten nicht gleich. Diese haben für den Eröffnungsfall bloß ein Recht gegen den Lehensherrn [28]). Der Vasall selbst dagegen ist durch die Eventualbelehnung eines Andern nicht gebunden. Es wäre demnach nicht nur die Einwilligung des eventuell Belehnten nicht erforderlich, sondern der Gläubiger könnte ihn sogar, wenn er das Lehen schon besäße mit der actio hypothecaria belangen [29]).

---

27) Baur l. c. §. 13. Böhmer l. c. cap. II. §. 18. Weber l. c. Thl. 4. §. 268.

28) I. F. 3. 9. II. F. 26. §. 3.

29) Baur l. c. §. 26. Päz, Lehenrecht §. 131. Gesetzt, was noch gar nicht entschieden ist, das Recht des Eventualbelehnten sey ein dingliches, so ist dieses Recht doch von einer künftigen Thatsache, der Eröffnung des Lehens abhängig gemacht. Weil es nun nicht blos zweifelhaft ist, w a n n, sondern auch o b das Lehen eröffnet werden würde — denn der Lehens-Inhaber muß nicht gerade mit seinem ganzen berechtigten Stamm versterben oder des Lehens sonst verlustig werden — so enthält diese Thatsache in Beziehung auf das ertheilte Recht eine wahre Bedingung; wie sie denn auch eine solche enthalten muß, wenn die Investitur nicht ganz bedeutungslos seyn soll (nam si quis fuerit investitus purè de alieno feudo, non valet habita investitura. I. F. 9.).

Wird nun diese Bedingung bei ihrem Eintritte zurückgezogen? gewiß nicht. Sollte sie zurückgezogen werden, so müßte das Recht des wirklichen Besitzers und aller Berechtigten nach ihm wie nie vorhanden gewesen seyn. Da-

Indessen gibt es selbst unter den Lehens-Nachfolgern welche, deren Einwilligung nicht erfordert wird, weil sie

---

gegen ist nicht zu bestreiten, daß die, welche das Lehen in der Zwischenzeit von der Eventualbelehnung bis zur Eröffnung besaßen, das volle dingliche Recht der Vasallen hatten, das ihnen sogar durch die Eventualbelehnung nicht geschmälert werden darf (dummodo eo vivente nullum detrimentum de feudo suo sibi contingat. I. F. 27.). Dieses Recht der Zwischenzeit kann man durch die Zurückziehung der Bedingung nicht gleichsam fictionsweise verschwinden lassen; so wie auch alle von dem frühern Vasallen seinem Rechte gemäß getroffenen Verfügungen ihre Kraft behalten müssen. Also die Bedingung wird nicht zurückbezogen (quae in vestitura tunc demum capiet effectum, cum feudum domino aut heredi suo fuerit apertum. II. F. 26. §. 2).

Fängt demnach das dingliche Recht des eventuell Belehnten erst mit dem Eintritt der Bedingung an, so kann er vor diesem Eintritt, oder was gleich ist, vor der Eröffnung des Lehens nur persönliche Ansprüche gegen den Lehensherrn haben. Diese Ansprüche mögen zunächst allerdings dahin gehen, daß der Lehensherr nichts thue, wodurch der Eintritt der Bedingung unnütz gemacht würde. Nimmt er aber dennoch solche Handlungen vor, so kann wohl möglich dem eventuell Belehnten eine auf Entschädigung gerichtete Forderung zustehen; allein diese persönliche Forderung ist dem von einem Dritten erworbenen dinglichen Rechte so wenig im Weg, als dem spätern Käufer, der zuerst den Besitz erlangte, ein von seinem Verkäufer mit derselben Sache früher vorgenommener Verkauf.

Angenommen nun, der wirkliche Lehensbesitzer habe, wie es ihm wohl zukommt, das Lehen veräussert, und der Lehensherr eingewilligt oder später genehmigt, so hat der Erwerber dadurch ein volles Recht erlangt. Der eventuell Belehnte mag immerhin den Lehensherrn deshalb belangen, daß er etwas that, was er nicht thun sollte; dadurch kann dem erworbenen dinglichen Rechte eines Dritten kein Eintrag geschehen. Angenommen nun ferner, daß der wirkliche Lehensbesitzer und Veräusserer ohne Stamms-Berechtigte stürbe, also der Fall sich ereignete, wo das dingliche Recht des eventuell Belehnten hätte seinen An-

an die Handlungen eines Andern gebunden sind. Hieher gehören zunächst die Kinder des veräusserndeu Vasallen, ausser ihnen aber auch noch die, welche von den beistimmenden Folgeberechtigten abstammen [30]). Auf diese Weise reichte es bei jeder Verpfändung zur vollsten Sicherheit hin, wenn alle die Folgeberechtigten ein-

---

fang nehmen sollen, so sieht ein jeder ein, daß es jetzt, nachdem bereits ein anderer dingliche Rechte an dem Lehen erworben hat, seinen Anfang nicht nehmen kann.

Man wende nicht ein, daß es Rechtsregel sey, eine Bedingung, welche durch Schuld des Betheiligten nicht eintrete, müße als eingetreten betrachtet werden (l. 85. §. 7. D. de verb. obl. 45. 1.). Denn erstlich hat der frühere Vasall und eigentliche Veräusserer ohne besondere Uebereinkunft keine Verbindlichkeit gegen den eventuell Belehnten; sodann verhindert der Lehensherr nicht den Eintritt der Bedingung, was ja in sofern z. B. gar nicht in seiner Macht stünde als derselbe von dem Tode des frühern Vasallen abhängt, er verhindert die Thatsache nicht, an welche das eventuelle Recht geknüpft ist, er macht den Eintritt blos durch eine Handlung unnütz. Wollte man nun folgern, er könne diesen Eintritt nicht unnütz machen, weil er ihn nicht unnütz machen sollte, so befände man sich in einem Zirkel und verkännte die sonst geltenden Grundsätze, wonach ein später erworbenes dingliches Recht dem früher entstandenen persönlichen in der Regel vorgeht. Das ist so sehr wahr, daß das dingliche Recht des dritten Erwerbers selbst alsdann nicht leiden könnte, wenn auch der Lehensherr den Eintritt der Bedingung im wahren Sinne verhindert hätte. Denn die persönliche Verbindlichkeit des Lehensherrn zum Nicht-Thun kann das erworbene Recht des Dritten nicht unkräftig machen, am wenigsten alsdann, wo eine mittelbare Beschränkung des frühern Vasallen darin läge. Weiter als wir geht noch Eichhorn (l. c. §. 218.), indem er sogar bezweifelt, ob gegen den Lehensherrn eine Klage aufs Interesse Statt finde.

30) Böhmer l. c. cap. 1. §. 19. Eichhorn l. c. §. 226. und die daselbst angeführten Gesetze. Páz l. c. §§. 119. 136. 138.

willigen, welche zu den andern Folgeberechtigten, seyen diese schon lebend oder kämen sie erst später zur Welt, in dem Verhältniß von Eltern und Kindern stehen. Diese Ansicht, wie sie in den Gesetzen begründet ist, wird durch keine entgegenstehende Praxis aufgehoben; ob ihr gleich mehrere Rechtsgelehrte entgegen sind *).

---

*) Unter diesen weiß namentlich Weber (l. c. §. 276.) eine Menge von Gründen vorzubringen, von denen aber nur ein einziger genauere Würdigung verdient. Er beruft sich nehmlich auf die Analogie des römischen Rechts, wonach der Erbe eine seine eigene Sache betreffende Verfügung des Erblassers anfechten könne; das Lehen aber müße, so lang der Sohn lebe, als dessen eigene Sache betrachtet werden.

Wir müßten und dürften, selbst wenn jener Grundsatz im römischen Recht existirte, uns füglich auf die klaren Lehensgesetze berufen, welche der aus demselben hergeleiteten Analogie ausdrücklich widerstreben. Doch jener Grundsatz ist im römischen Recht nirgends vorhanden. Dieß läßt sich schon im Voraus annehmen, wenn man bedenkt, daß es dem Erblasser gestattet ist, die dem Erben eigenthümlichen Sachen einem Dritten als Legat oder Fideicommiß zu hinterlassen (§. 4. J. de leg. (2, 20.) l. 67. §. 8. D. de leg. II. (31.) l. 25. C. de fideicom. (6, 42.). Denn es würde nicht folgerecht seyn, wenn man auf der einen Seite dem Erblasser eine ausdrückliche Verfügung über die Sachen des Erben zugestünde, und auf der andern hinwiederum dem Erben erlaubte, eine von dem Erblasser mit der Sache des Erben vorgenommene Veräusserung anzufechten. Allein so inconsequent sind die römischen Gesetze nicht! Sie erkennen ausdrücklich an, daß der Erbe, in so fern er Erbe ist, eine solche Veräusserung nicht anfechten (l. 3. C. de reb. alien. non alien. (4, 51.) l. 14. C. de evict. (8, 45.), und nur alsdann, wenn er nicht Erbe ist, Einsprüche dagegen machen könne (l. 5. D. de reb. al. n. alien. (4, 51.) l. 24. C. de don. Die positive und negative Argumentation zugleich enthält l. 14. C. de rei vind. (3, 32.)). Die Art des Verfahrens bleibt dabei ganz dieselbe, wie wenn der Veräusserer selbst die von ihm veräusserte Sache wieder ansprechen wollte; der Erwerber

8) Uebrigens ist auch die Einwilligung der Agnaten nicht allenthalben erforderlich. In manchen Fällen kön-

---

setzt ihm und dem Erben, dessen Sache vom Erblasser veräussert wurde, die exceptio rei venditae et traditae (l. 1. §. 1. D. de exc. rei vend. et trad. (21, 3.) entgegen, die auch unter dem allgemeinen Namen exceptio doli (l. 17. D. de evict. (21, 2.) l. 4. §. 32. D. de dol. mal. except. (44, 4.) bekannt ist. Indessen mag es der Erwerber, so es gut dünkt, vorziehen, sich die Sache entwehren zu lassen, und dann aus der Entwehrung Ansprüche auf Entschädigung zu stellen; eine Wahl, die ihm gegen den Veräusserer wie gegen dessen Erben durchaus freisteht (l. 17. l. 18. l. 73. D. 21. 2. l. 3. C. de reb. al. n. al. (4, 51.).

Weber beruft sich, zur Unterstützung seiner Ansicht, auf l. ult. C. de evict. (8, 45.). Es läßt sich aber nicht einsehen, wie man dieser, von den Erben des Bürgen redenden Stelle, einen Vorzug vor den in anderm Betracht so klaren, entscheidenden Gesetzen geben könnte. Müßte sie nothwendig erklärt werden, wie sie Weber erklärt, so bliebe nichts übrig, als die Bestimmung über die Erben des Bürgen mit Ulrich Huber (prael. ad Pand. tit. de exc. rei v. et tr.) für eine Singularität anzusehen. Allein die Stelle läßt sich recht gut auch so verstehen: die Klage sey an sich begründet, ohne daß deßhalb die dem Erwerber zustehende Einrede ausgeschlossen würde. Man betrachte sie nur, wie sie uns vorliegt:

l. 31. C. de evict. Haeredem fidejussoris rerum, pro quibus defunctus apud emtorem intercesserat pro venditore, factum ejus cui successit ex sua persona dominium vindicare non impedit; sc. evictionis causa durante actione.

Indem das Gesetz ausspricht, daß die Fidejussion des Erblassers an sich die Vindication des Erben nicht verhindere, hat es deßhalb noch nicht ausgesprochen, daß die Einrede des Erwerbers auch der Vindication nicht entgegen stehe. Umgekehrt bestimmt das Gesetz, daß dem Erwerber die Evictionsklage zukomme. Nun wäre es aber doch unverständlich, warum demjenigen, der eine Klage hat, nicht auch eine Einrede zukommen solle, da das Weniger doch immer in dem Mehr begriffen ist, und cui damus actionem, eidem competere exceptionem multo magis quis dixerit (l. 1.

nen sie eine ohne ihre Einwilligung vorgenommene Verpfändung nicht angreifen. Dieß tritt ein bei Neu-

---

§. 4. D. de superf. (43, 18.) l. 156. §. 1. D. de reg. jur. (50, 17.). Unserer Interpretation zufolge hätte der Erbe allerdings die Vindication; dem Erwerber stünde es aber, den für diesen Fall geltenden Grundsätzen gemäß, frei, die Exception (doli, oder rei vend. et trad.) vorzuschützen, oder auch sie nicht vorzuschützen, und dagegen nach der Entwehrung mit der Evictionsklage aufzutreten (man sehe Hug. Donell. ad l. 31. C. de evict.).

Steht mithin der Grundsatz fest, daß auch nach römischem Recht der Erbe an die Verfügungen des Erblassers über des Erben eigene Sachen mittelbar oder unmittelbar gebunden ist; so kann um so weniger bei den Lehen gezweifelt werden, daß die Kinder an die Einwilligung ihrer Eltern gebunden sind, deren Allodial-Succession sie von dem Lehen nicht trennen dürfen.

Weit wichtiger als Weber's Einwendung dürfte die seyn, daß die Verpfändung nicht wie eine Veräusserung beurtheilt werden könne, und daß der Eigenthümer, selbst wenn er den Verpfänder beerbe, an die von seinem Erblasser mit einer ihm angehörigen Sache vorgenonmene Verpfändung nicht gebunden seye. Zwar ist der letztere Satz nach gemeinen Recht unrichtig; denn die Gesetze (l. 22. D. de pign. u. l. 41. D. de pign. act.) widersprechen sich, und heben sich auf. Wir müssen folglich die Frage nach allgemeinen Grundsätzen nnd der Analogie entscheiden. Nun entscheidet aber die Analogie von der Veräusserung, an welche der Erbe, wie wir gesehen haben, gebunden ist, vollkommen für die Anfrechthaltung der Verpfändung. Muß er sich den Verkauf seiner eigenen Sache gefallen lassen, wenn er Erbe des Verkäufers wird, so muß er sich eben so auch die Verpfändung gefallen lassen.

Allein nach unserm Gesetze (Art. 5.) bleibt die Verpfändung gewiß ungültig, selbst wenn der Eigenthümer nachher den Verpfänder beerbt. Dennoch kann daraus keine Analogie hieher gezogen werden, weil der vorliegende Fall ein ganz anderer ist. Hat ein Non-dominus verpfändet, so ist die Verpfändung von Anfang an ungültig, und soll durch ein nachfolgendes Ereigniß nicht gültig werden. Wo

lehen [31]), sodann bei solchen Lehen, wo die Succession ganz wie im Allod geordnet ist, so daß nur der in dem Lehen folgt, welcher auch im Allod Erbe des letzten Besitzers wurde [32]). Ganz analog, und übereinstimmend mit den für die Kinder geltenden Grundsätzen, nicht weniger mit denen, welche in der Civil-Succession für den Erben gelten, dessen Sachen von dem Erblasser veräussert worden waren, sind auch die Lehens-Nachfolger an die Verpfändung gebunden, welche zugleich Civil-Erben des letzten Besitzers wurden, insofern sie es wurden.

Auf gleiche Weise ist die Einwilligung der Lehens-Nachfolger bei einem veräusserlichen Lehen nicht noth-

---

aber ein Vasall verpfändet, da ist die Verpfändung nicht ungültig, vielmehr hat sie volle Kraft. Nur der Nachfolger soll, wenn er in das Lehen eintritt, und nun die Sache auf ihn erst kommt, nicht daran gebunden seyn. Wird er aber zugleich Erbe des verpfändeten Vasallen, so fällt ja sein Recht, die Sache frei zu verlangen und seine Verbindlichkeit, die Verfügungen des Erblassers zu respectiren, in einen Moment zusammen, und die letztere hebt das erstere sogleich im Entstehen auf.

Es ist nicht die Rede davon, daß eine ungültige Verpfändung gültig werden soll, sondern im Gegentheil davon, daß eine gültige erst anfangen soll ungültig zu werden. Beides ist so sehr verschieden, daß das in dem Einen Fall Geltende nicht für den andern bestimmend seyn darf. Denn mag auch ein anfangs Ungültiges nachher nicht gültig werden; so kann doch deßhalb ursprünglich Gültiges nicht nachher ungültig werden.

Vielmehr ist die Frage, in wie fern die ursprünglich gültige Verpfändung später von dem Lehens-Nachfolger angefochten werden kann, ganz von seiner größern oder geringern Verpflichtung abhängig, die Verfügungen seines Erblassers als seine eigenen Verfügungen zu betrachten.

31) Weber l. c. Thl. 4. §. 276. am Ende. Böhmer l. c. cap. I. §. 18. Baur l. c. §. 32.

32) Baur l. c. §. 32.

wendig. Denn da hier jeder Vasall von dem ersten Erwerber an die Befugniß erlangt, das Lehen frei zu veräussern, und diese Befugniß einen wesentlichen Theil seiner Rechte ausmacht, so hat sich kein Lehens-Nachfolger zu beschweren, wenn sein Vorgänger von diesem seinem Rechte Gebrauch machte [33]).

9) Wie sehr man auch die Bauernlehen den eigentlichen Lehen analog beurtheilen muß, so haben doch die vaterländischen Gesetze in ihrem Betracht besondere und abweichende Bestimmungen. Sie verbieten nehmlich ein solches Lehengut bei Nichtigkeit und bei Strafe eines kleinen Frevels ohne den Willen des Lehensherrn zu verpfänden [34]). Dennoch müßte die Verpfändung in Rücksicht der Früchte nach der Meinung der Rechtslehrer, welche bei eigentlichen Lehen die Bestellung eines Pfandes für nichtig halten und sie doch rücksichtlich der Früchte gelten lassen [35]), analog auch bei Bauernlehen Gültigkeit haben. Wir können hiemit völlig einstimmen. Denn es läßt sich kein Grund denken, warum eine nichtige Verpfändung nicht theilweise doch wieder gültig seyn soll. So gut der Lehensmann die Früchte ohne Willen des Lehensherrn ausdrücklich verpfänden kann, weil die Früchte zum Allod gehören; eben so gut kann in Folge der Verpfändung des Lehenguts selbst, die nichtig ist, das Pfandrecht auf den Früchten haften; denn in ihrem Betracht ist ja die Einwilligung nicht nöthig, mithin kann auch die Nichtigkeit nicht auf sie bezogen werden.

Hat der Lehensherr in die Verpfändung gewilligt, so muß er sich, wie bei eigentlichen Lehen, die Veräusse-

---

33) Baur l. c. §. 34.

34) Landes-Ord. Tit. 16. §. 1. Landrecht, Thl. 2. Tit. 9. §. „weil auch in unsrer ꝛc.“ Verordnung vom 7. Mai 1732. Bei Hochstetter Thl. 1. S. 147. Verordnung vom 24. Mai 1663. bei Hochstetter Thl. 1. Anhang. S. 7. Generalresc. vom 3. Mai 1756. bei Kapff S. 10.

35) Böhmer l. c. cap II. §. 18.

rung gefallen lassen. Freilich dürfte diese Veräusserung nach der oben angeführten Meinung, die bei eigentlichen Lehen auf dieselbe Art entscheidet, nur mit Vorbehalt der lehensherrlichen Rechte geschehen.

Bei diesen Bauernlehen tritt dem zu Folge ausser der Nichtigkeit der Verpfändung, wenn sie ohne den Willen des Lehensherrn geschieht, auch noch der auffallende Unterschied ein, daß man den Willen des Lehensherrn erfordert, obgleich bei uns in diesen Lehen der Regel nach wie im Allod geerbt wird *). Indessen darf die Anordnung, welche den Lehensherrn betrifft, nicht auf die Lehens-Nachfolger bezogen werden, eben weil sie etwas Besonderes enthält, und ohne ausdrückliche Vorschrift die Nachfolger nicht umfassen kann, bei denen vielmehr die festgesetzte Erbfolge, und ihr gemäß mehr oder weniger die Analogie der eigentlichen Lehen den Maaßstab geben muß.

10) Das Gesetz spricht namentlich noch von einer Art des beschränkten Eigenthums, die es auch der That nach ist, von Fideicommissen. In Betreff derselben ist es nun ein bekannter Grundsatz, daß der Fiduciar Nichts von dem veräussern dürfe, was nach längerer oder kürzerer Zeit auf einen Andern kommen soll. Dieser, der Fideicommissar, kann seiner Seits eine jede solche Veräusserung anfechten, sobald er zur Forderung des Fideicommisses gelangt [36]), es wäre denn, daß er in dieselbe

---

*) Weishaar, Würtemb. Landrecht Thl. 2. §. 439. Gemeinrechtlich ist die Erbfolge in Bauernlehen, sobald sie in Geist und Wahrheit Lehen sind, und nicht blos so genannt werden, von der Lehenfolge nach longobardischem Lehenrecht nicht verschieden. Danz, teutsches Privatrecht Thl. 5. §§. 520. u. 525.

36) l. 69. §§. 1—3. l. 77. §. 27. D. de leg. II. (31.). C. ult. §. 2. C. com. de leg. (6, 43). Nov. 159. c. 3.

eingewilligt hätte *). Das Verbot der Veräusserung erstreckt sich auch auf die Verpfändung, ohne Rücksicht, welcher Art sie sey [37]).

Wichtig sind in dieser Hinsicht:

11) Die Familien-Fideicommisse, d. h. solche letztwillige Anordnungen, oder Verträge, wodurch der Regel nach unbewegliche Güter der Familie des Verfügenden oder eines Dritten in der Art überlassen werden, daß sie innerhalb der Familie bleiben, und zunächst nur auf den Mannsstamm vererbt werden sollen [38]). Bei diesen ist es, analog den eigentlichen römischen Fideicommissen ausser Zweifel, daß den Folgeberechtigten keine Handlung ihres Vorgängers binde, sie vielmehr jede Veräusserung und Verpfändung angreifen können, sobald die Reihe der Nachfolge an sie gekommen ist [39]). Soll daher eine Verpfändung des Fideicommisses auch gegen die Folgeberechtigten Kraft haben, so muß sie mit ihrer Einwilligung vorgenommen worden seyn, sonst stünde ihnen der Gläubiger wie der dritte Erwerber immerhin nach.

Nur in so fern müssen sich die Folgeberechtigten eine Veräusserung gefallen lassen, in wie fern sie Erben des Veräussernden wurden. Die Analogie des römischen Rechts, so wie die der Lehen, ist hier völlig entscheidend*).

---

*) l. 11. C. de fideic. (6, 42.)

37) l. ult. §. 2. C. citat.

38) Knipschild de fideicom. famil. nob. c. 1. §. 39. c. 2. §§. 3. 41. 42. und an mehrern andern Stellen. Pufendorf, observ. jur. un. observ. XIX. de Cramer de fideic. famil. cognat. §§. 2. 3. (in opusc. Tom. 4. p. 508. etc.) Runde, teutsches Privatrecht §. 693. Eichhorn l. c. §. 366.

39) Knipschild l. c. cap. XI. C. Harpprecht, Tractat. aead. parti II. tract. 9. thes. 23. tract. 8. thes. 45. 46. Eichhorn l. c. §. 367.

*) l. 123. D. pr. de leg. I. (30.) l. 77. §. 31. D. de leg. II. (31.) Eichhorn l. c. §. 367.

Eine ganz andere Frage ist freilich die, ob die Kinder des Verpfändenden, oder Einwilligenden hier wie bei Lehen die Succession im Fideicommiß mit der im Allod nothwendig verbinden, also nothwendig Erben werden müssen. Dagegen spricht die Analogie des röm. Rechts, welches von einer solchen Verbindung nichts weiß[40]), ohne daß die Grundsätze von den Lehen hieher gezogen werden dürften[41]). Um sicher zu seyn, muß also der Gläubiger bei der Bestellung eines Unterpfands nicht blos den Consens der Folgeberechtigten aus den Seiten-Linien, sondern auch den der Kinder zu erhalten suchen, sonst würde die Verpfändung nur so lange gelten, als der Verpfänder am Leben ist[42]).

12) Von denjenigen Beschränkungen, welche das Eigenthum durch Verträge erleidet, sey es, daß sie gleich bei der Uebertragung desselben, sey es, daß sie nachher vom Eigenthümer abgeschlossen werden, können wir hier nicht reden, weil wir in denselben, wie bereits ausgeführt wurde (Art. 5.), nur persönliche Hemmungen des Besitzers erblicken, sie aber keine dinglichen auch gegen Dritte gültigen Rechte erzeugen.

Dagegen können wir diejenigen Güter nicht übergehen, welche als Zinsgüter, Erbleihgüter und unter verschiedenen andern Benennungen vorkommen. Diese Güter sind theils im wahren Eigenthum ihrer Besitzer, theils kommt denselben nur eine größere oder geringere, mit der Eigenschaft der Dinglichkeit versehene Befugniß zu, die man gewöhnlich mit dem Namen Colonatrecht bezeichnet.

Sofern nun diese Güter ihren Besitzern eigenthümlich zugehören, leidet es gemeinrechtlich keinen Zweifel,

---

40) l. 16. D. de aur. arg. (34, 2.)

41) Runde l. c. §. 295. Eichhorn l. c. §. 367.

42) l. 69. §§. 1. 3. D. de leg. II. (31.)

daß sie auch, ohne Einwilligung der Zinsherrn, in der Regel veräussert und verpfändet werden können[43]). Die Würtemb. Gesetze indessen reden ganz allgemein von „Erb-, Hof-, Lehen-, Widdum- und Hueb-Gütern, von Gütern die um den halben, dritten ꝛc. Theil theilbar, oder ewige Grund-, Boden- oder Urbar-Zins geben," sie reden ohne alle Unterscheidung der Rechte des Besitzers, ohne Rücksicht ob derselbe wirklicher Eigenthümer sey oder nur sonst dingliche Rechte überhaupt an dem Gut habe, und verbieten ganz allgemein bei Strafe und Nichtigkeit jede Veräusserung und Verpfändung, so ohne den Willen des „Lehens- oder Zinsherrn vorgenommen wird[44])." Dem zu Folge gilt in Würtemberg von den Zins-Gütern überhaupt, ohne allen Unterschied, was gemeinrechtlich nur von denen gilt, welche nicht im Eigenthum ihrer Besitzer stehen; denn nur die Güter letzterer Art dürfen nach gemeinem Recht nicht ohne Einwilligung der Zinsherrn verpfändet werden[45]).

13) Das Gesetz sagt ferner: „derjenige, dessen Eigenthum in eines Andern Nutznießung steht, kann die Substanz der Sache verpfänden." Indem das Gesetz von Nutznießung spricht, wollte es nicht die Verpfändung der Proprietäts-Rechte ausschließen, denen nicht eine fremde Nutznießung, sondern andere bald größere bald geringere dingliche Befugnisse entgegen stehen. Es erwähnt der Nutznießung als desjenigen dinglichen Rechts, welches am häufigsten vom Eigenthum getrennt erscheint; es erwähnt aber derselben mehr um ein Beispiel zu geben, als um die Verpfändung der Eigenthums-Rechte auszuschließen, von denen nicht gerade das dingliche Recht des Nießbrauchs abgesondert ist.

---

43) Danz, teutsches Privatrecht l. c. §. 523. Eichhorn, Einleitung ꝛc. §. 255.

44) Man vergleiche die Not. 34. angeführten Gesetze.

45) Carl v. Buri l. c. S. 118—120. und 267—269. Eichhorn l. c. §. 257. Danz l. c. §§. 524. u. 527—530.

So mag der Eigenthümer des Bodens, dessen Superficies einem andern zustehet, der dominus der Emphyteuse, derjenige, an dessen Gut ein Anderer das Colonatrecht hat, das Eigenthum am Boden, an der Emphyteuse, oder dem Gute allerdings verpfänden; natürlich in so weit, und in dem Maße, als es ihm zukommt, und ohne Beschränkung und Vernachtheilung dessen, welcher an dem Gute dingliche Rechte erworben hat. Wie der Herr des Guts nur die Substanz nach Abzug der Nutznießung verpfänden darf, so kann er auch in andern Fällen sein Recht nur mit Abzug der davon für einen Andern abgesonderten Befugnisse wirksam verpfänden.

Nur bei dem Lehen ist eine Ausnahme. Der Lehensherr darf weder das vasallitische Recht, noch die ihm, dasselbe abgerechtet, zukommenden Befugnisse, die Lehensherrlichkeit ohne Einwilligung des Vasallen veräussern, oder, da in der Veräusserung überhaupt die Verpfändung begriffen ist, verpfänden[46]).

Eine fernere Ausnahme tritt beim Nießbrauch selbst ein. Denn Kinder, welche in väterlicher Gewalt sind, können nicht einmal die Substanz der Güter verpfänden, wovon ihnen das Eigenthum, ihrem Vater aber die Nutznießung gebührt[47]). Diese nach älterem Rechte gegründeten Ausnahmen sind auch noch jetzt gegründet. Denn das Gesetz, welches die alte Regel wiederholt, hat damit nicht die ältern Ausnahmen vernichten, sondern nur die Anwendung der Regel sichern wollen, die es so zu sagen tollendae dubitationis causa wiederholt[48]).

---

46) II. F. 34. §§. 2. 55. §. 1. Päz, Lehenrecht §§. 125. u. 126. Eichhorn, Einleitung ꝛc. §. 217. Dagegen ist aus unzureichenden Gründen Weber, Handbuch ꝛc. §. 209.

47) l. 8. §. 5. C. de bon. quae lib. (6, 62.). Bolley l. c. §§. 30. und 63.

48) Die schon oft angeführte Abhandlung von Thibaut in dessen civil. Abhandlungen. Thibaut stellt den Grundsatz auf, ohne ihn weiter mit Gesetzen zu belegen; er ist aber

Noch viel weniger läßt sich die Behauptung aufstellen, daß das Gesetz, indem es bei getrenntem Nießbrauch ausdrücklich von der Verpfändung der Substanz spricht, die Verpfändung des Nießbrauchs selbst verworfen habe. Denn die Wiederholung Eines frühern Grundsatzes schließt an sich noch viel weniger den Andern aus.

Art. 8.

Ein widerrufliches Eigenthum kann verpfändet werden. Das Pfandrecht des Gläubigers hört jedoch mit dem Rechte des Verpfänders alsdann auf, wenn dieses durch den Eintritt einer Bedingung oder eines gewissen Verhältnisses rückwärts, und zwar in der Art aufgelöst wird, daß nach den bestehenden Gesetzen derjenige, auf welchen die Sache zurückfällt, dieselbe mit einer dinglichen oder der dinglichen gleich zu achtenden Klage auch gegen jeden Dritten verfolgen kann.

Wird hierbei der Uebergang des Eigenthums auf denjenigen, welchem der Widerruf zusteht, nur mittelst Erstattung oder Bezahlung eines bestimmten Kaufpreises bewirkt; so ist der letztere, so weit es zur Befriedigung des Pfandgläubigers erfordert wird, an diesen, und nicht an den bisherigen Besitzer zu entrichten.

---

1) Also ein widerrufliches Eigenthum kann Gegenstand des Unterpfands werden. Diese Anordnung war

eine genaue Folge aus der in l. 1. §. 7. D. de edil. edict. (21, 1.) und in l. 56. D. mand. (17, 1.) zu Grund liegenden ratio decisionis.

schon in dem an die Stände gelangten Gesetzes-Entwurf enthalten, und von dem ständischen Ausschuß gebilligt worden, der in derselben nichts Anderes fand, als was schon „nach der Natur der Sache Rechtens" sey, und sogar zweifelte, ob sie in dem neuen Gesetze ausdrücklich wiederholt werden sollte [1]). Indessen beschloßen die Stände während der Berathung des Entwurfs, „daß ein widerrufliches Eigenthum nur mit Einwilligung dessen, an den dasselbe in Folge des Widerrufs zurückfallen würde, verpfändet werden könne." Die Regierung genehmigte den Beschluß nicht, und die Stände beruhigten sich hierauf bei der im Entwurf ausgedrückten Bestimmung [2]).

Ein Eigenthum ist widerruflich, d. h. es kann von dem, welcher es gerade hat, abgerufen werden, aus zwei Gründen, einmal wegen einer im Augenblick gewissen oder ungewissen persönlichen Verpflichtung des Eigenthümers, sodann wegen eines an der Sache haftenden, von irgend einem Ereigniß abhängenden Rechts *). Hinge das dingliche Recht dessen, an den das Eigenthum fallen soll, von keinem Ereigniß, worin es auch bestehe, ab, und müßte dasselbe unbedingt nach einer gewissen Zeit etwa an ihn kommen, so würde der, von dem das Eigenthum abgerufen werden sollte, kein widerrufliches, sondern ein der Dauer nach beschränktes Eigenthum haben.

---

1) Verhandlungen der Kammer der Abg. 3tes ausserordentl. Beil.-Hft. 1e Abthlg. S. 3. 182. u. 125. Der ständische Ausschuß bemerkt an der letzten Stelle, „es liege kein Grund vor, von den bisherigen, im Entwurfe wiederholten gesetzlichen Bestimmungen abzuweichen."

2) Verhandlungen der Kammer der Abg. 3tes ausserordentl. Beil.-Hft. 2te Abthlg. S. 385. 437. u. 456.

*) Thibaut P. R. Thl. 2. §. 579. Etwas zu enge bestimmt den Begriff Mackeldey, Lehrbuch ꝛc. §. 300.

2) Bevor wir nun an die Erörterung unsers Artikels gehen, wollen wir, so viel möglich, in kurzer Darstellung das bisherige Recht auseinander setzen.

Diesem bisherigen Rechte gemäß konnte ein widerrufliches Eigenthum unzweifelhaft verpfändet werden. Man stritt nur darüber, unter welchen Voraussetzungen dieses Pfand erlösche, namentlich ob es unbedingt mit dem Widerruf des Eigenthums erlösche. Hiebei zeigten sich zwei verschiedene Ansichten.

Die eine wollte das Pfandrecht allenthalben nur alsdann erlöschen lassen, wenn das Eigenthum auf eine solche Weise an einen andern falle, daß dieser unmittelbar ein dingliches Recht erlange, und die Sache mit einer dinglichen Klage an sich fordern könne [3]). Die andere dagegen stellte den Grundsatz auf, das Pfandrecht erlösche immerhin, so oft dem jeweiligen Besitzer das Eigenthum wider seinen Willen entzogen werde [4]).

Fällt das Eigenthum auf eine solche Weise zurück, daß der, welcher es mit dem Eintritt eines gewissen Umstands erhält, unmittelbar mit diesem Eintritt ein dingliches Recht erlangt, so ist Jedermann einig, daß das vor dem Eintritt von dem einstweiligen Inhaber der Sache bestellte Pfand erlösche.

Eben so streitet man darüber nicht, daß das Pfandrecht gültig bleibe, wenn der Rückfall des Eigenthums ganz von dem Willen des Verpfänders abhängt.

Es bleibt mithin nur der Fall als bestritten übrig, wenn das Eigenthum wider Willen von dem Besitzer abgerufen wird, jedoch so, daß der Besitzer immerhin in der Zwischenzeit als unbedingter Eigenthümer erscheint, der

---

3) Vinnius, qu. sel. lib. 2. c. 5. Voet, Comment. ad Pand. lib. 10. Tit. 6. §. 8. Bolley l. c. §. 31. Gmelin l. c. §. 6. Thibaut, P. R. Thl. 2. §. 666.

4) Hug. Donell. de pign. c. 16. Gesterding, vom Pfandrecht, S. 306 — 316.

Abrufende kein unmittelbares dingliches Recht hat, sondern nur ein persönliches auf Rückübertragung des Eigenthums, das dem Besitzer bis dahin völlig zustand.

Dabei dünckt uns nun die Meinung derjenigen, welche das Pfandrecht aufrecht erhalten wissen wollen, überwiegende Gründe für sich zu haben.

Fällt das Eigenthum nicht ipso jure, und hat der, welcher es erlangt, mithin nur ein persönliches und kein dingliches Recht, so sieht man nicht, wie es kommen soll, daß er einem Dritten, der indessen dingliche Rechte an der Sache erworben hat, vorgehen könne. Der Eintritt einer Thatsache gibt nur erst ein volles, unbedingtes, persönliches Recht, das vor dem dinglichen, während des Zustands der Ungewißheit erworbenen Rechte um so weniger einen Vorzug haben darf, als selbst das unbedingt persönliche Recht auf Erlangung des Eigenthums keinen solchen Vorzug genösse[5]). Wer aber ein Pfandrecht erwarb, der hat ein dingliches Recht an der Sache, der muß folglich demjenigen, welcher das Eigenthum vermöge eines persönlichen von dem Verpfänder abruft, vorgezogen werden. Dieser Grundsatz ist so tief in unserm Rechtssysteme begründet, daß man sich in der That wundert, von Gesterding zu hören: „es lasse sich kein Grund zu dem Unterschied denken, ob das Eigenthum ipso jure zurückfällt, oder vermittelst einer Handlung des bisherigen Eigenthümers," ob demnach das dingliche Recht des Erwerbers unmittelbar gegeben, das des bisherigen Besitzers gleichsam von Anfang an nichtig oder bedingt ist, oder ob umgekehrt der letztere bisher wahrer Eigenthümer gewesen, und der erstere nur ein Recht auf Wiedererlangung des Eigenthums, also ein persönliches Recht hat.

---

5) l. 16. D. de per. et comm. rei v. (18, 6.) l. 20. pr. §. 1. D. de adquir. rer. dom. (41, 1.) l. 67. D. de V. S. (50, 16.) l. 6. C. de her. vel. act. vend. (4, 39.) l. 11. C. de act. emt. (4, 49.).

Was man allein könnte, wäre vielleicht, die Behauptung aufzustellen, daß der Grundsatz beim Pfandrecht eine Ausnahme leide. Diese Ausnahme müßte aber auf besondere gesetzliche Bestimmungen gestützt seyn. Deren hat denn auch Gesterding mehrere angeführt. Er beginnt mit der lex commissoria. Diese, meint er, gewähre dem Verkäufer nur ein persönliches Recht auf Wiedererlangung der Sache, und doch höre das vom Käufer vorher bestellte Pfandrecht mit dem Eintritt Bedingung und dem Geltendmachen des persönlichen Rechts auf. Allein es ist nicht richtig, daß die lex commissoria nur ein persönliches Recht auf Erlangung der Sache gewähre. Wir glauben übrigens eine von Thibaut trefflich abgehandelte Frage nicht aufs Neue vornehmen, sondern uns mit einiger Nachlese begnügen zu dürfen [6]).

Mit Recht wird die Frage, ob dem Verkäufer ein dingliches Recht zustehe, ganz allgemein für den Fall gestellt, wenn dem Kauf eine auflösende Bedingung angehängt wurde, ohne zu unterscheiden, welcher Art diese Bedingung sey; und mit gleichem Recht bezieht man auch die von der addictio in diem, der lex commissoria, dem pactum displicentiae handelnden Gesetze wechselseitig auf einander. Denn bei allen wird der Kauf durch eine auflösende Bedingung aufgehoben, und der Käufer vor ihrem Eintritt als Eigenthümer betrachtet [7]); es läßt sich folglich nicht einsehen, weßhalb die eine Bedingung anders als die andere angesehen werden soll, sofern nicht ihr wesentlicher Inhalt (wie des pactum displicentiae) in gewissem Betracht eine Ausnahme rechtfertigt.

---

6) Thibaut, civil. Abh. Nr. 17. S. 366 — 378.

7) l. 1. D. ad leg. commiss. (18, 3.) l. 2. pr. D. de in diem add. (18, 2.) l. 3. D. de cont. emt. (18, 1.) l. 2. §. 1. l. 3. 4. D. de in d. add. l. 2. §§. 3—5. D. pro emt. (41, 4.) l 11. §. 11. 12. D. quod vi aut clam. (43. 24.)

Gesterding beruft sich zu seiner Unterstützung auf drei Gesetze, wovon das Eine (l. 3. C. de pact. int. emt. 4, 54.) bereits durch Thibaut erklärt ist, die beiden andern aber hier noch kurz berührt werden sollen. Es sind l. 4. pr. D. de leg. commiss. (18, 3.) und l. 6. §. 1. D. de contr. emt. 18, 1.) [8]). Beide reden von der lex commissoria, und geben die actio emti venditi, wenn die angehängte Resolutiv-Bedingung erfüllt ist. Allein geben sie dieselbe ausschließlich? Pomponius sowohl als Ulpian zweifeln zunächst gar nicht an der Vindicatio, sondern an der Klage aus dem Kontrakte; sie zweifeln, ob diese Klage noch Statt finde, nachdem der Vertrag vernichtet, wie gar nicht vorhanden anzusehen ist (finita est emtio); beide entscheiden aber für die Contraktsklage, weil der Kauf zwar aufgehört habe, aber deßhalb nicht jede aus dem Kauf entstandene Verbindlichkeit (non ut omnis obligatio emti et venditi utrinque solveretur), wie denn auch die Imperatoren Antonin und Sever auf dieselbe Weise entschieden hätten. Darüber sind mithin beide einig, daß der Kauf vernichtet, gleichsam wie gar nie vorhanden gewesen sey; folglich muß auch der Verkäufer immerfort Eigenthümer geblieben seyn, und ihm eine dingliche Klage zustehen. Blos in dem waren Zweifel, ob man die Contraktsklage zulassen könne, nachdem gar kein Contrakt existirt hat. Man hielt aber diese Contraksklage vielleicht um so nothwendiger, als Manches nur durch sie, und nicht durch die dingliche Eigenthumsklage erlangt werden könnte.

Daß der Kauf als von Anfang nicht vorhanden angesehen wird, scheint gewiß zu seyn. Fragen wir nun, wie diejenigen, welche dem Verkäufer eine dingliche Klage absprechen, diese Klage mögen entkräften lassen; so zeigt es sich, daß sie das vermittelst der exceptio rei venditae

8) Gesterding l. c. S. 310. Not. 8.

et traditae thun müssen. Denn ein anderes Mittel, die dinglichen Ansprüche des Verkäufers abzuweisen, gibt es zunächst nicht. Wie aber, wenn der Verkäufer replicirte, es sey gar kein Kauf vorhanden gewesen? Daß dadurch die Einrede entkräftet werden müße, liegt klar am Tage. Da nun wirklich nach den Gesetzen der Kauf als von Anfang nicht existirend betrachtet wird, so kann an der Wirksamkeit jener Replik, und demnach auch der dinglichen Klage gar nicht gezweifelt werden. Dieses Verfahren, die dingliche Eigenthumsklage durchzusetzen ist ganz den Gesetzen gemäß, und von denselben auch vorgesehen.

L. 1. §. 5. D. de exc. rei vend. et tr. (21, 3.)
Si quis rem emerit non autem fuerit ei tradita sed possessionem sine vitio fuerit nactus, habet exceptionem contra venditorem, nist forte venditor justam causam habeat cur rem vindicet; nam etsi tradiderit possessionem, fuerit autem justa causa vindicanti, replicatione adversus exceptionem utetur.

Die fernern Gründe, welche Gesterding für seine Meinung anführt, sind von der Fortdauer des Pfandrechts beim pactum displicentiae, und bei der Redhibition fehlerhafter Sachen hergenommen. Allein er setzt dabei voraus, daß die, welche darauf sehen, ob das Eigenthum mit einer dinglichen Klage abgerufen werde, gar keine Rücksicht dafür haben, in wie fern das Zurückgehen des Eigenthums mit oder ohne Willen des Verpfänders geschieht; was keines Wegs der Fall ist 9).

3) Das vorliegende Gesetz hat sich denn auch der von uns als gemeinrechtlich bezeichneten Meinung angeschlossen, und das Erlöschen des Pfandrechts für den Fall ausgesprochen, wo „der, auf welchen die Sache zu-

9) Gmelin l. c. §. 6. Bolley l. c. S. 47. u. 48.

rückfällt, dieselbe mit einer dinglichen Klage verfolgen kann.“ Die Worte des Gesetzes: „gegen jeden Dritten“ enthalten eine nähere Erklärung dessen, was mit dem Ausdruck: „dingliche Klage“ gesagt wurde, namentlich aber dessen, was unter den Worten: „eine der dinglichen gleich zu achtenden Klage“ verstanden werde.

Eine Klage der letztern Art kann nicht selbst eine dingliche seyn; sonst könnte sie der dinglichen nicht blos „gleich geachtet“ werden. Sie ist mithin eine persönliche, die aber doch auf keine bestimmte Person beschränkt, sondern gegen einen jeden, als Besitzer einer Sache, gerichtet wird, eine persönliche aber in rem scripta. Sie ist eine auf ein persönliches Recht gestützte, doch übrigens nicht den persönlich Verpflichteten allein, sondern auch jeden andern Besitzer des Gegenstands treffende Klage. So geht die actio ex vi aut metu nicht blos gegen den welcher Furcht oder Gewalt anwendete, sondern auch gegen jeden, welcher die Sache inne hat, ob gleich ihr Grund ein rein persönlicher ist [10]).

Wenn demnach eine persönliche Klage durch die Gesetze die Eigenschaft erlangt hat, daß sie ausnahmsweise nicht nur einen persönlich Verpflichteten, sondern auch jeden andern Inhaber der Sache treffen, und diese von jedem Inhaber gefordert werden kann, wenn demnach einer persönlichen Klage die Eigenschaft einer dinglichen zukommt, sie einer dinglichen „gleich geachtet“ wird, so hört nach dem Gesetz, wie bei einer dinglichen Klage selbst, das von dem Besitzer bestellte Pfand auf.

Diese Festsetzung ist dem bisherigen Rechte ganz angemessen, welches gegen den persönlich Berechtigten, dessen Recht übrigens jedem Besitzer nachtheilig ist, keine Veräusserung berücksichtigt, eben damit auch keine Ver-

---

10) l. 9. §. ult. D. quod metus (4, 2.) l. 3. C. eod. (2, 20.)

pfändung [11]). Sie ist aber ebenfalls in der Natur der Sache begründet; denn dem persönlichen Recht ist hier gleichsam die Natur eines dinglichen verliehen [12]).

Wofern also das Eigenthum des Verpfänders vermöge einer persönlichen Klage widerrufen wird, die indessen nicht blos gegen einen bestimmten persönlich Verpflichteten, sondern gegen einen jeden Inhaber gerichtet werden könnte, so erlischt das zwischen der Zeit der Erwerbung und dem Wiederruf des Eigenthums bestellte Pfandrecht.

4) Wir haben kurz vorher gesehen, daß die bisher geltenden Grundsätze, welche mit der Sanktion unseres Gesetzes übereinstimmen, das Pfandrecht in keinem Fall erlöschen ließen, wo der Verlust des Eigenthums für den Verpfänder, und seine Rückkehr an einen andern in den Willen des Verpfänders gelegt war, und von ihm abhing. Diesen Punkt hat das neue Gesetz nicht berührt, eben deßhalb auch, indem es die ältere Regel nur wiederholt, oder, wenn man diese nach dem bisherigen Recht als zweifelhaft ansehen wollte, weil sie bestritten war, über allen Zweifel erhebt, nicht aufgehoben. Die Ausnahme ist übrigens so sehr in der Natur der Sache begründet, und es ließe sich gar nicht erklären, wenn es von dem Willen des Verpfänders abhängen könnte, den Pfandberechtigten um sein Pfandrecht zu bringen, daß wir schon aus diesem Grunde auch bei einer Zweideutigkeit des Gesetzes die Ausnahme festhalten, und das Gesetz wo möglich mit ihr in Einklang zu setzen suchen müßten. Um so mehr dürfen wir sie jetzt nicht aufgeben, wo das Gesetz über dieselbe gar nichts anordnet, sondern die ältere Regel einfach wiederholt.

---

11) Arg. l. 3. C. cit. l. 14. §. 5. D. eod.

12) Bolley l. c. §. 31. S. 44. u. 45.

5) Betrachten wir nun noch zur Verdeutlichung des Ausgeführten einzelne hieher gehörige Fälle!

I.) Zunächst stößt uns das Eigenthum des Erben an einer bedingter Weise legirten oder fideicommittiren Sache auf. Daß der Erbe, bevor die Bedingung eintritt, Eigenthümer sey, leidet keinen Zweifel [13]); er kann mithin die Sache auch verpfänden; aber weil sein Eigenthum nur ein bedingtes war, und sobald die Bedingung eingetreten ist, dem Legatar oder Fideicommissar unmittelbar ein dingliches Recht auf Erlangung der Sache zukommt, so erlischt auch mit ihrem Eintritt die Verpfändung, welche der mit der Sache Beehrte nicht anzuerkennen hat [14]).

Umgekehrt erlischt das Pfandrecht nicht, wenn die Bedingung, unter welcher das Legat verschafft wurde, in den Willen des Erben gelegt ist [15]). Denn insofern die legirte Sache bereits veräussert oder verpfändet ist, insofern kann es nicht in seiner Macht liegen, den Erwerber oder Pfandberechtigten um das bereits rechtlich Erworbene zu betrügen [16]). Diese aus allgemeinen Gründen hergeleitete Behauptung wird durch das Gesetz ausdrücklich bestätigt.

Es ist bekannten Rechtens, daß, wenn bei einem Legat dem Legatar ein Wahlrecht zukommt, der Erbe vor der Wahl des Legatars keine der möglicher Weise, je nachdem die Wahl ausfiele, legirten Sachen veräussern oder verpfändern könne, sofern sich nicht der Legatar einer

---

13) l. 66. D. de rei v. (6, 1.) l. 12. §. 2. D. fam. herciso. (10, 2)

14) l. 13. §. 1. D. pign. l. ult. §. 3. C. commun. de leg. (6, 43.)

15) In den Fällen nehmlich, wo ein Legat in den Willen des Erben gelegt werden kann, wie z. B. bei alternativen Legaten.

16) Welche Ansprüche übrigens der Legatar erlange, ist hier zu untersuchen nicht der Ort.

Säumniß schuldig machte [17]). Wie aber, wenn das Wahlrecht dem Erben überlassen ist, und derselbe vorher einen der Gegenstände, worauf die Wahl gerichtet werden muß, veräussert? Kann er auch jetzt noch den veräusserten Gegenstand bestimmen; und wenn er ihn bestimmt, derselbe dem Erwerber entzogen werden? Man höre das Gesetz:

> L. 109. §. 1. D. de leg. I. Haeres, cujus fidei commissum erat, ut mihi fundum aut centum daret, fundum Titio vendidit: cum electio ei relinquitur, utrum velit dandi, ut tamen alterum solitum praestet; praetoris officio convenire existimo, ut si pecuniam Titius offerat, inhibeat fundi persecutionem. Ita enim eadem causa constitueretur, quae futura esset, si alienatus fundus non fuisset: quando etiam adversus ipsum haeredem officium praetoris sive arbitri tale esse deberet, ut si fundus non praestaretur, neque pluris neque minoris quam centum aestimaretur.

Angenommen nun auch, der Erbe wollte die Wahl auf das Grundstück richten, so würde Titius dasselbe dennoch nicht herausgeben dürfen, sofern er lieber die alternativ legirte Summe zahlte. Denn das Gesetz sagt unbedingt, Titius könne die Rechtsverfolgung gegen das Grundstück durch das Anbieten der Summe abwenden; es setzt ihn überhaupt in die Lage, in welcher der Erbe vor der Veräusserung war, und entzieht dem letzern das Recht der Wahl mit der Wirkung auf Titius.

Auf der andern Seite aber, wenn der Legatar die Wahl hätte zwischen dem Grundstück und der Summe, so würde Titius sich mit der Leistung der Summe nicht befreien können, viel mehr die vor der Wahl des Legatars vorgenommene Veräusserung dem Letztern nicht nachtheilig seyn. Worin liegt der Grund dieses Unterschieds? Liegt

---

17) l. 6. l. 14. D. de elect. leg. (33, 5.)

er nicht klar darin, daß das eine Mal dem Titius das Eigenthum durch den Willen des Berechtigten, das andere Mal durch den des Veräusseres selbst entzogen werden soll?

II.) Ferner muß hier der Wiederruf des Eigenthums erwähnt werden, welcher sich in einer von dem frühern Veräusserer gemachten Resolutiv-Bedingung gründet, und eben diesem frühern Veräusserer zukommt. Wir haben bereits oben gesehen, daß, sobald die Bedingung erfüllt ist, dem Veräusserer ein dingliches Recht zugesagt werde, gleichsam als ob sein Eigenthum nie von ihm weggekommen wäre. Eben damit wird auch der Verpfänder rückwärts, in der Zwischenzeit des Erwerbs und der erfüllten Bedingung nicht als Eigenthümer betrachtet, und eine von ihm vorgenommene Veräusserung oder Verpfändung kann keinen Bestand haben; das Pfandrecht erlischt, sobald der frühere Veräusserer sein Eigenthum wieder an sich ruft [18]).

Von welcher Art die Resolutiv-Bedingung sey, ob sie eine addictio in diem enthalte, oder eine lex commissoria, das macht keinen Unterschied, wenn diese Bedingung nur nicht rein in die Gewalt des Erwerbers gegeben wurde, so daß es von dem Willen dieses Erwerbers und Verpfänders abhinge, das Pfandrecht unnütz zu machen [19]).

III.) Der Widerruf des Eigenthums kann aber auch, ohne daß dasselbe vom Anfang an, an eine Bedingung geknüpft gewesen wäre, wegen anderer Umstände Statt finden, die entweder zur Zeit, wo der Verpfänder das Eigenthum erwarb, schon vorhanden waren, oder nach dem Erwerb erst eintraten.

---

18) l. 4. §. 3. D. de in d. ad. (18, 2.) l. 3. D. quib. mod. pig. (20, 6.) l. 4. C. de pact. int. emt. (4, 54.)

19) l. 3. D. quib. mod. pign.

Hier müssen wir aber sogleich alle die Fälle ausscheiden, wo das Eigenthum übertragende Geschäft aus irgend einer Ursache von Vornen hinein nichtig war. Denn dabei kann nicht von einem Widerruf die Rede werden; da das Eigenthum von Seiten des Verpfänders als gar nicht erworben erscheint, er mithin immerfort eine ihm nicht gehörige Sache verpfändet*).

Ist das Geschäft an sich gültig, so kommt es nun, wenn das Eigenthum widerrufen wird, ebenfalls darauf an, ob dem Widerrufenden eine dingliche Klage zukomme, und der Verpfänder demnach so angesehen werde, als sey er nie Eigenthümer gewesen.

Eine dingliche Klage hat derjenige, welcher eine Schenkung wegen Inofficiosität angreift; sein Recht geht

---

*) Dennoch gibt es Geschäfte, die von Anfang nichtig sind, aber dem Veräusserer nur Ansprüche gegen den Erwerber und nicht gegen dritte Besitzer geben, die ihre Rechte von dem Erwerber ableiten, so daß jene Ansprüche des ersten Veräusserers nur als persönliche gelten. Das tritt allenthalben ein, wo ein Geschäft wegen eines dasselbe veranlassenden Betrugs nichtig ist. Gemeinrechtlich werden blos negotia bonae fidei durch Betrug nichtig; in Würtemberg alle Geschäfte ohne Ausnahme (Landr., Thl. 2. Tit. 25.). Allein das Würtembergische Recht hat durch diese Ausdehnung noch nicht die Art der dem Veräussernden, zustehenden Ansprüche abgeändert, und ihnen namentlich keine dingliche Eigenschaft gegeben, vielmehr durch sein Stillschweigen dem gemeinen Recht gehuldigt, wonach ein wegen Betrugs nichtiges Geschäft blos persönliche Ansprüche gewährt (l. 10. C. de resc. vend. Thibaut P. R. Thl. 1. §. 149.). Darum gerade, weil die Ansprüche des Betrogenen nur persönlich sind, blos gegen die Person des Betrügers, nicht aber gegen dritte gehen, welche dingliche Rechte an der Sache erworben, kann auch ein von dem Betrügenden bestelltes Pfandrecht durch die Ansprüche des Betrogenen nicht erlöschen (gegen Bolley l. c. S. 44. Note 1.).

mithin auch dem von dem Beschenkten bestellten Pfandrecht vor [20]).

Eben so hat der, welcher mortis causa geschenkt hat, in den Fällen, wo die Schenkung aufgehoben wird, sogleich eine dingliche Klage gegen den Beschenkten, dessen Eigenthum folglich widerrufen wird, wie wenn es gar nicht vorhanden gewesen wäre [21]). Also muß auch das durch den Beschenkten errichtete Pfandrecht erlöschen.

Gleichfalls dinglich ist die Klage des Schenkers, wenn er die Schenkung derhalb anficht, weil der modus nicht erfüllt wurde, und dieser modus in Abreichung von Alimenten bestand. Das Gesetz gibt dabei ausdrücklich eine natürlich gegen jeden Dritten gehende dingliche Klage [22]). Eben damit ist auch die Erlöschung des vom Schenknehmer bestellten Pfandrechts gegeben.

IV.) Was den Vorbehalt des Eigenthums betrifft, so haben wir hier nicht in sofern darüber zu reden, als er ein bloßes Pfandrecht enthält, sondern in seiner wahren Beziehung zum Eigenthum.

Der Vorbehalt des Eigenthums kann einem Kaufcontrakt sowohl als jedem andern Vertrag angehängt werden, wodurch man Eigenthum zu übertragen die Absicht hat, und zwar nach der Natur der Sache und nach unserem Gesetz (Art. 45.) in zwiefacher Bedeutung.

Einmal kann die Erwerbung des Eigenthums dadurch aufgehoben werden. Man setze z. B., der Ver-

---

20) Es ist zwar bestritten, ob die querela inofficiosae donationis dinglicher Natur sey. Indessen scheint die hier aufgestellte Meinung überwiegende Gründe für sich zu haben.

21) l. 29. D. de mort. caus. donat. (39, 6.)

22) l. 1. C. de don. sub. mod. (8, 55.). Bei allen andern Arten von Schenkungen, welche aus irgend einem Grunde aufgehoben werden, gehen die Ansprüche des Widerrufenden nur persönlich gegen den Beschenkten nicht aber gegen Dritte. Arg. l. 7. C. de rev. don. (8, 56.) Bolley l. c. S. 51. u. 52. Thibaut P. R. Thl. 2. §. 992.

käufer einer Sache borge den Kaufpreis an, und tradire die Sache, bedinge aber ausdrücklich, daß das Eigenthum erst alsdann übergehen solle, wenn der Kaufpreis gezahlt wurde *). Hier bleibt nun der Veräusserer bis zum Eintritt der Bedingung wahrer Eigenthümer und hört es auf zu seyn, sobald die Bedingung eingetreten ist. Unläugbar ist mithin sein Eigenthum von dem Augenblick der Uebergabe an ein widerrufliches; weil es, sobald die Bedingung eintritt, unmittelbar auf den Besitzer der Sache übergeht.

Hat daher der Veräusserer vor dem Eintritt der Bedingung ein Pfandrecht auf der Sache bestellt, so ist wohl kein Zweifel, daß dasselbe erlösche, wenn die Bedingung nicht rein in der Gewalt des Erwerbers lag; weil dieselbe alsdann zurückgezogen, und das Eigenthum des Veräusserers rückwärts aufgehoben wird.

War hingegen die den Eigenthums-Erwerb aufschiebende Bedingung rein potestativ, und wird sie dem gemäß nicht zurückgezogen, so behauptet Bolley [23]), daß das vor dem Eintritt bestellte Pfandrecht nicht erlösche, weil es nicht „zureichend sey, daß das Eigenthum der verpfändeten Sache ohne irgend eine Handlung auf eine dritte Person übergehe, sondern daß das Recht des Besitzers rückwärts aufgelöst werde." Dem Grundsatz zufolge läßt er denn auch das vom Verkäufer bestellte Pfand gelten, wenn dem Käufer die potestative Bedingung des Zahlens gemacht worden seyn sollte. Gegen diese Ansicht sprechen aber überwiegende Gründe.

Erstlich fordern die Gesetze durchaus nicht gerade ein Zurückziehen der Bedingung, wenn das von dem tempo-

---

*) Archiv für die civil. Praxis, Thl. 2. S. 291—293.

23) l. c. §. 51. S. 83—87.

rären Eigenthümer bestellte Pfand erlöschen soll. Namentlich lassen sie bei Legaten, in Hinsicht des Eigenthums-Erwerbs, keine Bedingung zurückziehen*), und dennoch das von dem Erben vor ihrem Eintritt bestellte Pfandrecht mit dem Augenblick erlöschen, wo sie eintritt. Die Sache ist auch ganz vernünftig zu erklären.

Denn wer zweitens das Eigenthum unter einer aufschiebenden Bedingung verlieren kann, der hat dasselbe nicht unbedingt, vielmehr in jedem Moment nur unter der entgegengesetzten Bedingung. Sein dingliches Recht an der Sache war in jedem Moment schwebend; denn in jedem Moment konnte die Bedingung, unter welcher es an einen Andern kommen soll, erfüllt werden. Veräussert oder verpfändet er die Sache, so kann er das nur thun, wie er sie hat, als eine solche, die mit dem Eintritt der Bedingung auf einen Dritten kommen soll. Auf gleiche Weise erlangt auch der Pfandberechtigte nur ein bedingtes Recht, das mit dem Augenblick, wo die Bedingung eintritt, erlöschen muß. Die Bedingung wird gleichsam zur Eigenschaft der Sache selbst; wie sich denn das Gesetz bei Legaten so ausdrückt: res, quae sub con-

---

*) l. 14. §. ult. D. quand. dies leg. (36, 2.) l. 5. C. de cond. ins. (6, 46.) l. 28. D. de pign. (20, 1.) vergl. mit l. 78. D. de V. O. (45, 1.). Wenn sich indessen Bolley (l. c. S. 43. Not. h.) zur Begründung des Unterschieds zwischen der Adquisitio dominii und der obligatio legati auf die Worte in l. 3. §. 3. C. 6. 43.: conditione impleta ab initio causa in irritum devocetur beruft, so scheint dabei vergessen zu seyn, daß diese Worte sich auf die Erlöschung der veräusserten Rechte bezieht, und daß von ihr auf das Zurückziehen der Bedingung nur dann der Schluß gilt, wenn man im Zirkel das noch zu Erweisende, den nothwendigen Zusammenhang zwischen der Erlöschung des Pfandrechts und dem Zurückziehen der Bedingung, als bereits erwiesen voraussetzen darf.

ditione legata est,..... adjudicari potest cum sua scilicet causa[24]).

Ganz analog muß der Vorbehalt des Eigenthums in dem Fall beurtheilt werden, wenn er den Uebergang des Eigenthums aufschiebt. Verpfändet der, welcher den Vorbehalt gemacht hat, und ist die Bedingung, worauf der Vorbehalt gestellt ist, gleich eine potestative von Seiten des Erwerbenden, so erlischt das Pfandrecht dennoch, sobald die Bedingung eintritt, so wie es bei verpfändeten Legaten erlischt, obgleich die Bedingung nicht zurückgezogen wird.

Uebrigens ist der den Erwerb des Eigenthums aufschiebende Vorbehalt des Veräusserers, auch so man die Bedingung nicht zurückzieht, ganz verschieden davon, wenn etwa der Kauf perfekt, die Sache aber noch nicht übergeben wäre, wo der Verkäufer allerdings noch gültig ein Pfand bestellen kann, das durch die nachherige Uebergabe nicht erlischt *). Denn dorten hat der Käufer nur ein persönliches Recht, der Verkäufer ein unbedingtes Eigenthum; hier dagegen hat der Erwerber ein bedingtes dingliches Recht, und der Veräusserer, nach dem Geist der Gesetze, nur ein bedingtes Eigenthum, ein Eigenthum, dessen möglichen Verlust die Gesetze zur dinglichen Eigenschaft der Sache gemacht haben. Zudem kommt noch, daß in jenem Fall der Verkäufer durch seine Uebergabe, also durch seinen Willen das von ihm selbst ertheilte Pfand zerstören müßte, hier aber das Eigenthum ohne den Willen des Veräusserers, nach der Voraussetzung, daß die Bedingung für den Erwerber potestativ sey, unmittelbar verloren geht.

---

24) l. 12. D. fam. herc. (10, 2.) l. 45. §. 2. D. de fideic. libert. (40, 5.)

*) Bolley beruft sich darauf als auf eine analoge Frage l. c. S. 83. Not. b. am Ende.

Der Eigenthums-Vorbehalt kann aber auch eine auflösende Bedingung enthalten, so daß das Eigenthum unbedingt auf den Erwerber übergeht, und der Veräusserer sich für gewisse Fälle den Rückfall vorbehält, wie wenn der Verkäufer, der das Kaufgeld stundet, auf den Fall des Nichtzahlens den Rückgang der Sache und die Auflösung des Vertrags bedingt. Hier wird ohne Zweifel der Erwerber inzwischen, als Eigenthümer, ein Pfand bestellen können, dessen Erlöschen nach dem zu beurtheilen ist, was wir bereits über auflösende Bedingungen abgehandelt haben.

V.) Ganz diesen Grundsätzen gemäß sind auch Vermögens-Uebergaben, Abtretungen von Gütern gegen ein Leibgeding, eine Leibzucht zu beurtheilen. Der Zweck eines solchen Gedings besteht in der Erhaltung von Alimenten für den Leibdinger, und die Leibzucht hat eben deßhalb ganz die rechtliche Natur von Alimenten[25]).

Vorausgesetzt nun, man habe die Güter auf irgend Jemand zu Eigenthum übertragen, ohne sich irgend etwas weiter vorzubehalten, oder auszubedingen, als gerade die Leibrente, Leibzucht, so versteht es sich von selbst, daß der Empfänger sein erworbenes Eigenthum, wenn sonst Nichts im Wege steht, nach Gutdünken veräussern und verpfänden könne.

Wird denn in der Folge die Leibzucht nicht geleistet, so kommt es zunächst darauf an, welches Geschäft der Güterübergabe zu Grunde liegt. Dieses Geschäft kann sehr verschiedenartig seyn, in einem Kauf, einem Tausch, einem Erbvertrag, einer Schenkung bestehen[26]). Sofern nun die letztere nachgewiesen wird, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Leibdinger nach l. 1. C. de don.

---

25) Runde, von der Leibzucht Thl. 2. §. 27. S. 387.

26) Runde l. c. §§. 7—10. S. 306—325. Eichhorn, Einleitung ꝛc. §§. 115. u. 363.

quae sub. mod. (8, 55.) die übergebenen Güter mit einer dinglichen Klage zurückfordern könne, und das von dem Empfänger in der Zwischenzeit bestellte Pfand erlöschen müsse.

Ist die Grundlage der Leibzucht aber ein anderes Geschäft, und keine Schenkung, so kann im Allgemeinen weder das Eigenthum von dem Leibzüchter abgerufen werden, noch das von dem zur Leibzucht Verpflichteten bestellte Pfand erlöschen, es wäre denn bei der Uebergabe der Güter zur Sicherheit der Leibzucht, und für den Fall, daß sie nicht geleistet würde, noch ein Vorbehalt in Hinsicht der Güter gemacht werden [27]). Indem wir voraussetzen, daß der Empfänger und zur Leibzucht Verpflichtete Eigenthümer geworden sey, sagen wir zugleich, es solle hier der Vorbehalt des Uebergebenden das Eigenthum des Empfängers nicht aufschieben. Er ertheilt mithin dem Vorbehaltenden entweder nur ein Pfandrecht; alsdann haben wir gegenwärtig nicht davon zu reden; oder ein Recht auf den Fall, daß ihm keine Leibzucht geleistet würde, das ganze Geschäft für aufgelöst zu achten, und das Eigenthum der übergebenen Güter wieder an sich zu ziehen. Hier enthält er eine wahrhaft auflösende Bedingung, die nach der Natur der auflösenden Bedingungen beurtheilt werden muß. Der Leibzüchter hat, sobald die Bedingung eintritt, d. h. die Alimente nicht mehr, oder je nach der besondern Uebereinkunft nicht mehr regelmäßig geleistet werden, ein dingliches Recht auf die übergebenen Güter, eine Vindicatio, und das indessen von dem Leibzüchter bestellte Pfand muß erlöschen.

VI.) Unser Gesetz hat auch persönliche, den dinglichen gleich zu achtenden Klagen mit den dinglichen in gleiche Linie gestellt. Wir haben bereits gesehen, daß darunter solche persönliche Rechtsmittel verstanden werden, die nicht blos gegen einen besonders Verpflichteten,

---

27) Runde l. c. §§. 7. u. 50. S. 307 — 313. u. 453 — 557.

sondern wie wenn man schlechthin wegen eines Rechts an der Sache klagte, gegen jeden Besitzer gerichtet werden können. Hieher gehören zunächst die sogenannten actiones in rem scriptae [28]), und von diesen namentlich die actio quod metus,

Wer eine Sache aus Furcht oder Zwang übergab, der kann sie von jedem Besitzer zurückverlangen, und jedes von diesem Besitzer, sey er nun der nehmliche, welcher Furcht und Zwang anwendete, oder ein ganz Anderer, bestellte Pfandrecht erlischt, sobald der Genöthigte seine Sache zurückverlangt.

Ferner sind diejenigen persönlichen Rechtsmittel hieher zu ziehen, welche, wo nicht allgemein, so doch ausnahmsweise gegen dritte Besitzer gehen. Das ist z. B. bei der restitutio in integrum der Fall. Denn sie geht in der Regel nur gegen eine bestimmte Person. Wo sie aber ausser der Regel auch dritte Personen trifft, wo die restitutio in rem datur *), da leidet es kein Bedenken, daß ein bestelltes Pfandrecht mit der Restitution erlösche, so wie es auch alsdann erlischt, wenn durch die Restitutio ein eigentliches dingliches Recht wieder hergestellt, und vermittelst einer rescissorischen Klage geltend gemacht werden kann **),

---

28) v. Wenning-Ingenheim, Lehrbuch ꝛc. 1r B. §. 39. Die Ansicht von du Roi im civil. Archiv. 6r Bd. S. 411 u. 412, scheint allerdings gegründet. Allein auch diese Ansicht vorausgesetzt, müßen die actiones in rem scriptae, weil sie, sobald der Anspruch eine Sache trifft, gegen „jeden Dritten" gehen, unter die Ansprüche gesetzt werden, deren Geltendwerden ein von dem bisherigen Besitzer bestelltes Pfandrecht vernichten. Indessen nennt l. 9. §. 4. D. quod metus causa (4, 2.) die actio schlechtweg in rem und zum Gegensatz auch wieder in personam,

*) l. 13. §. 1. D. de minor. (4, 4.)

**) l. 17. pr. l. 28. §. 5. l. 30. §. 1. D. 4. 6. Bolley l. c. S. 44 — 45.

6) Ausserdem, und wo das Eigenthum des Verpfänders weder rückwärts vernichtet noch bedingt und seine Bedingtheit dem Pfandrecht mittheilend erscheint, der Widerrufende auch keine dingliche, oder ihr gleiche, sondern eine blos persönliche Klage hat, da wird das von Besitzer bestellte Pfandrecht aufrecht erhalten. Es bedarf hier, bei einer durch sich klaren Sache, keiner Beispiele. Nur in Beziehung der Vernichtungsklage wegen übergroßer Verletzung bemerken wir, daß Voet wohl mit Recht der Inconsequenz beschuldigt wird, weil er das Pfandrecht erlöschen oder bei Kraft bleiben läßt, je nachdem der Verkäufer oder der Käufer auf Rescission des Vertrags klagt [29]). Nach den richtigen, sonst auch von ihm anerkannten Grundsätzen wird das Pfandrecht immer aufrecht erhalten; denn die Klage ist nur persönlich, und das Eigenthum fällt nicht ipso jure, vermöge eines unmittelbaren dinglichen Rechts, zurück [30]).

7) Unser Gesetz hat endlich den Nachsatz:

„Wird der Uebergang des Eigenthums auf denjenigen, welchem der Widerruf zusteht, nur vermittelst Erstattung oder Bezahlung eines bestimmten Kaufpreises bewirkt, so ist der letztere, soweit es zur Befriedigung des Pfandgläubigers erfordert wird, an diesen, und nicht an den bisherigen Besitzer zu entrichten."

---

29) Gesterding, vom Pfandrecht S. 315—316.

30) Voet, Comment. ad l. 20. J. 6. §§. 8. 9. Ant. Faber, Error. pragmat. Dec. 23. Error. 2. Gmelin l. c. §. 6. Volley l. c. §. 31. S. 49. Der letztere Schriftsteller scheint aber zu irren, indem er bei dieser Rescissionsklage dem Verkäufer wie dem Käufer eine „alternative" Bitte zugesteht. Die Bitte betrifft allein die Rescission; nur der Gegner hat die Wahl, ob er sie durch Ausgleichung des Preises abwenden wolle, vel si emtor elegerit, quod deest justo pretio recipias. l. 2. C. de rese. vend. (4, 44.).

Dieser Nachsatz war früher von der landständischen Commission in einer andern, der folgenden Form vorgeschlagen worden:

„Fällt jedoch an einen Andern ein Gut nur unter der Bedingung der Bezahlung oder Erstattung eines Kaufpreises zu, so dauert auch das, nach der geschehenen Bemerkung, eines solchen Anspruchs bestellte Pfandrecht in der Art fort, daß jener, wenn er von der Hypothek in Kenntniß gesetzt wird, den zu dieser Zeit noch schuldigen Kaufpreis nach Abzug der etwa auf den Verpfänder fallenden Proceßkosten, so weit es zur Befriedigung des Pfandgläubigers erfordert wird, an diesen, und nicht an den bisherigen Besitzer zu bezahlen hat *).“

Als hierauf die Stände den Beschluß faßten, es solle widerrufliches Eigenthum gar nicht verpfändet werden dürfen, so mußte sich der Vorschlag der Commission entweder ganz aufheben, oder anders wenden. Das Letztere geschah. Man stellte den Fall, wo ein Kaufpreis gezahlt werden mußte, als Ausnahme heraus, wobei die Verpfändung gestattet wäre **).

Die Regierung aber, welche dem Beschluß der Stände ihre Zustimmung nicht gab, erklärte doch den „Fall, wenn die Revocation des Eigenthums durch Erstattung oder Bezahlung eines Kaufpreises als bedingt erscheine, angetragenermaßen im Interesse des Pfandgläubigers berücksichtigen“ zu wollen[31]).

Aus dieser Entstehung des Zusatzes folgt wohl die Befugniß, ihn nach dem Sinne des ihn veranlassenden ständischen, und des diesem vorhergehenden Commissions-

---

*) Ständ. Verhandl. von 1823—24. 3s ausserordentl. Beil.-H. 2e Abthlg. S. 293.

**) Ständ. Verhandl. 1823—24. l. c. S. 385.

31) Ständ. Verhandl. l. c. S. 437.

Antrags auszulegen, wie er denn selbst angetragener-maßen genehmigt und in das Gesetz aufgenommen wurde.

I.) Allenthalben wo der Widerrufende einen Kauf-preis zu entrichten hat, da ist derselbe an den Pfand-gläubiger, so weit es dessen Befriedigung erheischt, abzu-tragen, d. h. der Widerrufende ist verpflichtet, ihn an diesen abzutragen.

Eben aber, weil er zur Abtragung an den Pfand-gläubiger gesetzlich verpflichtet ist, so darf er ihn auch nicht an den Verpfänder geben. Thut er es dennoch, so hört deßhalb seine Verpflichtung gegen den Pfandberech-tigten nicht auf; vielmehr kann und darf dieser an den ihm verpflichteten Widerrufer sich wenden, und so weit seine Pfandforderung reicht, Befriedigung verlangen.

Hier haben wir eine Art von Cession, welche durch das Gesetz selbst gestattet ist, eine Art ipso jure, ohne irgend eine Handlung der Betheiligten eintretende Cession. Der Pfandgläubiger erhält die Ansprüche des Verpfän-ders an den Widerrufenden ohne Uebertragung, unmit-telbar durch das Gesetz.

II.) Der Widerrufer des Eigenthums ist zur Ent-richtung an den Pfandgläubiger verpflichtet. Diese Ver-pflichtung kann natürlicher Weise für ihn erst mit dem Augenblick eintreten, wo er das Pfandrecht erfährt. Denn vorher weiß er nur von dem, gegen welchen er seinen Widerruf ausübt, als seinem Gläubiger, und kann mit-hin auch nur diesem zahlen, und es darf ihm nicht zum Schaden angerechnet werden, wenn er diesen zahlt, so lang er von keinem andern Berechtigten wußte.

Doch reicht nicht jedes Wissen hin, um ihn in Ver-bindlichkeit gegen den Pfandberechtigten zu bringen. Schon nach der Analogie der Cession kann man den Wi-derrufer nur alsdann für verpflichtet erachten, wenn ihm von dem Pfandrechte eine förmliche Anzeige gemacht wurde. So wenig der debitor cessus verhindert ist, den

Cedenten zu zahlen, wenn er die Cession irgend woher kennt, und keine förmliche Anzeige davon erhielt [32]), so wenig möchte man wohl dem Widerrufer die Verpflichtung auflegen können, ohne förmliche Anzeige den, von welchem er das Eigenthum widerruft, nicht mehr zu zahlen. Die Sache hat auch ihren vernünftigen Grund. Man kann dem Schuldner so wenig als dem Widerrufer die Fessel anlegen, daß sie sich durch jedes Wissen in ihrer Handlungsweise beschränken, daß sie gleichsam die Sklaven eines jeden Gerüchts seyn sollen. Nur ein gewisses Wissen darf diese Wirkung haben. Gewiß ist aber, im Allgemeinen, kein Wissen, als welches der Schuldner und Widerrufer durch eine förmliche Anzeige erlangt.

Die Ansicht wird noch bestätigt durch die Worte des oben angeführten Commissions-Antrags, welche die Verpflichtung des Widerrufers ausdrücklich auf den Fall beschränken, „wenn er von der Hypothek in Kenntniß gesetzt wird.“ In Kenntniß gesetzt werden, heißt aber nicht eine Sache erfahren, ohne weitere Rücksicht, wie und woher, und mit welcher Glaubwürdigkeit, sondern eine Anzeige deßhalb erhalten. Den Sinn des Commissions-Antrags, als die Veranlassung zur gesetzlichen Bestimmung, müßen und dürfen wir wohl, wie schon gesagt, bei der Erklärung dieser Bestimmung zunächst befragen.

III.) Zur Verpflichtung des Widerrufers ist eine durch förmliche Anzeigen erlangte Kenntniß von der Verpfändung nothwendig. Diese Anzeige kann von dem

---

32) l. 5. C. de nov. (8, 42.) vel debitori tuo denunciaverit. Thibaut P. R. Thl. 1. §. 78. und zum Theil die daselbst Not. z. angeführten Schriftsteller. Ulr. Huber, prael. ad Pand. lib. 17. Tit. 1. §. 10. Mackeldey, Lehrbuch ꝛc. §. 547.

Pfandberechtigten selbst, oder auch von dem Gerichte[33]) gemacht werden, nach dem Widerruf, und nachdem der Widerrufende in das Eigenthum getreten ist, oder auch vorher in der Absicht, daß der Widerrufende, im Fall des Widerrufs, den Kaufpreis nicht an den Verpfänder entrichte.

Ist die Anzeige gehörig vor sich gegangen, so darf der Widerrufende dem Verpfänder nicht mehr zahlen, als um was etwa der zu erstattende Kaufpreis die Forderung des Pfandberechtigten übersteigt. Um die jener Forderung gleichkommende Summe hingegen ist er von nun an der Schuldner des Pfandgläubigers.

Trotz dem wird übrigens der frühere Schuldner und Verpfänder nicht frei, sondern er bleibt nach wie vor dem Gläubiger persönlich verhaftet, wenn gleich ein neuer Verpflichteter noch hinzukommt, und dieser neu Verpflichtete als Schuldner des Verpfänders nun der Schuldner des Pfandgläubigers wird. Denn indem das Gesetz für den Pfandberechtigten, dessen Pfandrecht erlischt, zu sorgen sucht, hat es deßhalb den alten Schuldner nicht entbunden, noch das persönliche Recht des Pfandgläubigers gegen ihn aufheben wollen.

IV.) Bevor der Widerrufer die Anzeige von dem Pfandrecht erhält, kann und darf er den Verpfänder des widerrufenen Eigenthums bezahlen, oder sonst um den Kaufpreis befriedigen. Alle möglichen Arten einer Verbindlichkeit zu tilgen, befreien ihn von der Zahlung sowohl gegen den Schuldner als gegen den Pfandberechtigten wie auch der Commissions-Antrag nur von dem „zur Zeit, wo der Widerrufer in Kenntniß gesetzt wird, noch schuldigen Kaufpreis" spricht. Nicht weniger stehen dem Pfandberechtigten alle Einreden entgegen, welche der Widerrufer gegen den Schuldner etwa geltend

33) Ob das Gericht zu einer solchen Anzeige verpflichtet, und wenn dieselbe unterlassen würde, verantwortlich sey, davon weiter unten.

machen könnte. Selbst die Einrede des dolus ist hiebei nicht ausgeschlossen. Denn da der alte Schuldner und Verpfänder neben dem Widerrufer des Eigenthums verhaftet bleibt, und sonach keine datio in solutum vorliegt, da mithin die Verpflichtung des Widerrufers gegen den Pfandberechtigten, eine durch und durch lucrative Erwerbung für den letztern ist, so muß er sich, nach Analogie der Cession, auch die sogenannten personellen Einreden gefallen lassen, welche selbst dem Cessionar blos alsdann nicht schaden, wenn er eine fremde Forderung auf eine lästige Weise, nicht aber wenn er sie unentgeldlich erwarb [34]).

V.) Das Gesetz sagt: „wird der Uebergang des Eigenthums nur mittelst Erstattung oder Zahlung eines bestimmten Kaufpreises erwirkt.“ Der Ausdruck: „Kaufpreis“ ward auch in dem Antrag der ständischen Commission wie in der Adresse der Stände gebraucht.

Da nun der Kaufpreis nichts anders bezeichnet als den Werth der Sache, so kann auch der Widerrufende nur alsdann verpflichtet seyn, wenn das, was er zu geben hat, für die Sache gegeben wird. Auf der einen Seite darf man also den Ausdruck: „Kaufpreis“ nicht so streng nehmen, daß der Widerrufende nur alsdann verpflichtet würde, wenn er, streng genommen, wie bei dem Widerruf vermöge einer angehängten, auflösenden Bedingung, einen Kaufpreis zu zahlen oder zu erstatten hat; er ist im Gegentheil allenthalben verpflichtet, wo er

---

34) l. 4. §. 31. D. de dol. mal. et met. except. (44, 4.) Man wende nicht ein, daß der Pfandberechtigte sein Pfandrecht verliert, also den Widerrufer nicht völlig lucrativ als seinen Verpflichteten empfängt. Denn der Verlust des Pfandrechts tritt unter allen Umständen ein, und kann nicht als eine Ausgleichung betrachtet werden. Der Gläubiger würde sein Pfand verlieren, auch wenn das Gesetz den Widerrufer nicht zu seinem Schuldner gemacht hätte; daß er ihn folglich zum Schuldner erlangt, ist für ihn causa lucrativa.

beim Widerruf des Eigenthums den Werth der Sache zu ersetzen hat. Denn gerade das liegt ja in der Absicht des Gesetzes, den Pfandberechtigten für den Verlust seiner dinglichen Sicherheit dadurch zu entschädigen, daß ihn der Widerrufende um das verpflichtet werde, was er beim Widerruf für die Sache geben muß.

Auf der andern Seite indessen kann man den Widerrufer nicht verpflichtet erachten, wenn er etwas zu geben hat, aber nicht für die Sache, als Werth derselben, wie groß oder klein er durch die verschiedenen Vertragenden festgesetzt ist. Denn der weiteste Sinn des Gesetzes erstreckt sich nur auf das was für die Sache gegeben wird.

Wenn daher der Legatar bedingungsweise dem Erben etwas zu geben hat, und der Erbe die legirte Sache vorher verpfändete, so wird der Legatar um das, was er dem Erben geben muß, nicht dem Pfandberechtigten verpflichtet. Denn er gibt es nicht für die Sache, sondern nur bei Gelegenheit ihres Empfangs, aus einem andern Grunde *).

8) Bisher war blos vom Eigenthum die Rede. Allein auch Rechte können verpfändet werden; auch bei ihnen ist es also wichtig zu wissen, wann ein auf Rechte, die den unbeweglichen Dingen gleich kommen, bestelltes Unterpfand durch den Widerruf des Rechts erlösche.

Hier wird nun sogleich klar, daß, wenn das Recht des Verpfänders an eine gewisse Zeit geknüpft war, und er ein seiner Dauer noch beschränktes Recht hatte, mit dem Eintritt der Zeit sein Recht, wie das des Pfandberechtigten, erlöschen müsse **).

---

*) l. 40. §. 1. l. 65. l. 91. in fin. D. ad Leg. Falc. (35, 2.)

**) l. 5. C. de usufr. (3, 33.) Si pater usumfructum praediorum in tempus vestrae pupertatis matri vestrae reliquit, finito usufructu postquam vos adolevistis, posterioris temporis fructus perceptos ab ea repetere potestis, quos nulla ratione

Wo aber das Recht nicht seiner Dauer nach beschränkt, sondern wahrhaft widerruflich ist, da wird man wohl, der Analogie des widerruflichen Eigenthums gemäß, entscheiden müssen, das Recht des Pfandberechtigten höre auf, sobald das dingliche Recht des Verpfänders auf eine solche Weise erlösche, daß der Widerrufende unmittelbar es erlange, und unmittelbar mit einer dinglichen Klage verfolgen könne.

Zunächst und als Beispiel diente der Fall, wenn ein dingliches Recht unter eine Bedingung legirt, vom Erben verpfändet würde, und hernach die Bedingung einträte. Daß der Erbe mit diesem Eintritt der Bedingung das Recht verliere, der Legatar es ipso jure erwerbe, das vom Erben bestellte Pfandrecht demnach sein Ende nehmen müsse, leidet keinen Zweifel *).

Gleicher Gestalt muß das Pfandrecht erlöschen, wenn der Verpfänder das dingliche Recht unter einer Resolutiv-Bedingung erworben hat, und diese Bedingung nachher in Erfüllung geht. Denn wie das Eigenthum, so wird auch ein bloßes dingliches Recht wieder aufgehoben, und kehrt entweder an den Widerrufer oder zum Eigenthum auf solche Art zurück, daß jener es mit einer dinglichen Klage fordern, dieser sein Eigenthum mit unbeschränkter Wirkung wieder besitzend jeden einzelnen Theil desselben vermöge der dinglichen Eigenthumsklage erlangen kann. Eben darum muß aber auch ein von dem bedingten Erwerber gegebenes Pfandrecht mit dem Ein-

---

sciens de alieno percepit. Mit dem Eintritt der Zeit wird also das jus in re auch mit dem Eigenthum vereinigt und dem bisher Berechtigten gegenüber als etwas Fremdes angesehen, und seine Fortsetzung als die Benutzung einer res aliena. l. ult. D. si ager vect. (6, 3.) l. 35. D. de usu et usufr. leg. (33, 2.)

*) Arg. l. 16. D. quib. mod. ususfr. (7, 4.)

tritt der Bedingung und mit dem Erlöschen des Rechts auch selbst erlöschen *).

Ausserdem gibt es noch andere Fälle, in welchen dingliche Rechte an einer fremden Sache aufhören, und sich mit dem Eigenthum wieder vereinigen. Es fragt sich, wie es alsdann mit dem Pfandrecht stehe, welches der frühere Inhaber eines Rechts bestellt hatte? Wir wollen hier die Frage in Beziehung auf zwei dingliche Rechte abhandeln, wobei sie vielleicht am Häufigsten aufgeworfen werden dürfte.

a) Vom Nießbrauch ist es bekannt, daß er gesetzlich auf verschiedene Weise aufhöre, und zum Eigenthum zurückgehe, durch den Tod des Nutznießers, durch eine Umgestaltung der Sache u. s. w. Ob mit diesem Aufhören nun auch das vom Nutznießer bestellte Pfand aufhöre, dürfte nach Analogie des Eigenthums davon abhängig gemacht werden, in wie fern der Nießbrauch unmittelbar erlösche, und der Eigenthümer unmittelbar seine Sache ganz unbeschränkt wieder erhalte. Denn im letzten Fall erlischt das dingliche Recht des Verpfänders ipso jure, und der Eigenthümer erlangt ipso jure alle Bestandtheile seines Eigenthums, es könnte also auch das Erlöschen des Pfandrechts kaum in Zweifel gezogen werden.

Daß aber das Recht des Nutznießers, so oft dasselbe nach dem Gesetze erlischt, unmittelbar und ohne weiters erlösche, und sich eben so mit dem Eigenthum vereinige, dafür zeugen schon die gesetzlichen Ausdrücke für den Verlust der Nutznießung, wie für deren Rückkehr zum Eigenthümer. Dort sagt man: usumfructum, jus utendi fruendi amitti, finiri, perire, interire exstingui, hier: ususfructus ad dominum redit, revertitur etc.; gewiß

---

*) l. 31. D. de pign. Von selbst einleuchtend ist es, daß wenn das Erlöschen des Rechts rein von dem Willen des Verpfänders abhängt, das Pfandrecht nicht aufhöre.

Ausdrücke, in denen das unmittelbare Verlieren und das unmittelbare Wiedererlangen aufs Bezeichnendste liegt.

Es ist übrigens auch ausdrücklich in den Gesetzen ausgesprochen, und zwar das unmittelbare Verlieren in folgender Stelle:

> l. 5. §. 3. D. quib. mod. usufr. (7, 4.) Si areae sit usufructus legatus, et in ea aedificium sit positum, rem mutari et usumfructum extingui constat. Plane si proprietarius hoc fecit, ex testamento vel de dolo tenebitur.

Wenn also der Eigenthümer selbst die den Nießbrauch vernichtende Umgestaltung vornimmt, so hat der Nutznießer nur eine persönliche Klage, aus dem Testamente, sofern der Nießbrauch legirt war, oder die actio de dolo im entgegengesetzten Fall. Die Actio doli ist persönlich, und wird bekanntlich nur gegeben, wenn keine andere Klage angestellt werden kann. Würde mithin der Nießbrauch durch die Umgestaltung nicht unmittelbar erlöschen, so wäre auch die actio doli unstatthaft. Denn der Nutznießer könnte die dingliche Klage auf den Nießbrauch anstellen, und mit ihr vollen Schadensersatz erlangen *). Er soll aber die persönliche actio doli anstellen; er muß mithin keine andere Klage haben (alia non est actio), namentlich auch nicht die mit dem dinglichen Recht des Nießbrauchs verbundene. Die unmittelbare Rückkehr zum Eigethum wird festgestellt durch:

> §§. 3. u. 4. J. de usufr. (2, 4.) Nachdem der Paragraph 3. die Fälle aufzählt, in welchen der Nießbrauch aufhört (finitur autem usufructus etc.), fährt der §. 4. fort: Cum autem finitus fuerit totus usufructus, revertitur scilicet ad proprietatem; et ex eo tempore nudae proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem.

---

*) l. 2. D. si usufr. pet. (7, 6.)

Mit dem Augenblick des Erlöschens fällt auch der des Erwerbs zusammen. Beides trifft sich ohne weiteres Thun, von selbst, ipso jure, sobald die Thatsache existirt, woran das Gesetz den Verlust geknüpft hat. Also können wir kein Bedenken tragen, mit dem Verlust des Nutznießers auch den Verlust des Pfandrechts für den Pfandberechtigten eintreten zu lassen *).

b) Der Emphyteute kann aus mehreren gesetzlichen Gründen durch seine Schuld die Emphyteuse verlieren**). Wie, wenn er nun in der Zwischenzeit ein Pfandrecht bestellt hat?

So eine den Verlust begründende Thatsache vorhanden ist, hört das Recht des Emphyteute in der Art auf, daß der Eigenthümer mit einer dinglichen Klage zur Erlangung des emphyteutischen Guts gedeckt wird. Das geht schon aus den Worten der Gesetze hervor, welche vom Emphyteute sagen: jure suo, jure emphyteutico cadat, sient extranei emphyteumatis***). Wie aber der Emphyteuse seines Rechts verlustig wird, so muß auf der andern Seite der Eigenthümer seine Sache verlangen, und sein dingliches Recht auf sie ohne Beschränkung geltend machen können. Auch gestatten ihm die Gesetze wirklich kurz weg: expellere; ejicere de emphyteusi etc. ****).

---

*) Diese Behauptung ist mit ihrem Grunde den bisherigen Gesetzen durchaus angemessen. l. 8 pr. D. quib. mod. pign. (20, 6.) Sicut re corporali exstincta, ita et usufructo exstincto pignus hypothecave perit.

**) Gründe des Verlusts sind z. B., wenn er die öffentlichen Abgaben oder den Canon innerhalb dreier Jahre nicht zahlt, oder die Emphyteuse ohne Wissen und Willen des Eigenthümers verkauft (Thibaut P. R. Thl. 2. §. 634.)

***) Man sehe l. 2. 3. C. de jur. emphyt. (4, 66.) Nov. 7. c. 3. §. 2.

****) l. 2. 3. C. cit. Nov. 120. c. 8.

Weil nun das Recht des Emphyteuten ohne weiteres aufhört und mit dem Eigenthum wieder verbunden wird, darum kann auch ein von dem Emphyteuten bestelltes Pfand keinen Bestand haben.

Man stoße sich aber nicht daran, daß das Recht des Verpfänders nicht von selbst aufhört, sondern nur wenn der Eigenthümer will. Denn auch bei der lex commissoria verliert der Käufer die Sache nur, wenn der Verkäufer das ihm vermöge der lex commissoria zustehende Widerrufungsrecht ausübt. Dennoch erlischt das von dem Käufer bestellte Pfand, sobald der Verkäufer es ausübt.

Gerade so hängt es auch bei der Emphyteuse von dem Willen des Eigenthümers ab, ob er sein Recht geltend machen will. Allein, so er es geltend macht, geschiehts mit einer dinglichen Klage, indem er sein unbeschränktes Eigenthum verlangt *), und weil es mit einer dinglichen Klage geschieht, soll das vom Emphyteute errichtete Pfand erlöschen **).

c) Was hier von den beiden dinglichen Rechten gesagt ist, daß gilt auch von allen andern. Erlöschen sie, und kehren sie mit dem Erlöschen zugleich zum Eigenthum zurück, d. h. treten Ereignisse ein, wodurch der Berechtigte sein Recht verliert, das von selbst, oder doch wenn der Eigenthümer will, zum Eigenthum zurückkehrt, so erlischt auch das Pfandrecht. Denn der Gegenstand des Pfandrechts hört auf zu existiren ***).

---

*) Hug. Donell. comment. jur. civ. l. 9. c. 15. Ulr. Huber, prael. ad Pand. tit. l. 6. Tit. 3. §. 11. u. f.

**) Wollte man für diese Behauptung einen analogen Grundsatz von der Emphyteuse selbst zu Hülfe rufen, so würde er in l. 31. D. 20. 1. allerdings gefunden werden.

***) Wir haben hier einen merkwürdigen Unterschied zwischen dem Eigenthum und dem dinglichen Recht (jus in re) zu bemerken. Wird das Eigenthum widerrufen, so ist zwar

Art. 9.

Eben so kann eine Mehreren gemeinschaftlich und ungetheilt zustehende Sache von einem der Theilhaber für seinen Antheil verpfändet werden. Wird eine Theilung vorgenommen und dabei der Pfandgläubiger nicht befriedigt; so geht das Pfandrecht auf den dem Schuldner zugefallenen abgesonderten Antheil ausschließend über; und nur, wenn dieser einen geringern Werth haben sollte, als der verpfändete unabgesonderte Theil, kann der Pfandgläubiger sich rücksichtlich des Abmangels an die übrigen Theile halten.

Auf reine Tauschverträge findet dieser Grundsatz keine Anwendung.

---

1) Eine gemeinschaftliche Sache kann von jedem Theilhaber nicht mehr denn für seinen Antheil verpfän-

---

der Gegenstand des Pfandrechts noch immer vorhanden, aber, so es mit einer dinglichen Klage widerrufen wird, in einem Zustande, in welchem es früher von dem Verpfänder nicht hätte verpfändet werden können. Ein dingliches Recht dagegen hat nur dann selbstständiges Daseyn, sofern es von dem Eigenthum getrennt, ihm entgegengesetzt erscheint. Kehrt es zum Eigenthum zurück, so existirt es als dingliches Recht gar nicht meht, es ist im Eigenthum enthalten, aber nichts für sich Bestehendes, Selbstständiges, es ist als Gegenstand des Pfandrechts vernichtet. Daher sagt Thibaut mit Recht, wenn der Verpfänder nur ein dingliches Recht an der Sache hatte, so erlösche mit seinem Rechte das Pfandrecht schlechthin. (Thibaut P. R. Thl. 2. §. 666.)

det werden. Hierin ist volle Uebereinstimmung zwischen dem neuen Gesetz und dem ältern Recht*).

Die Theile der übrigen Theilhaber können nur, wie jede andere fremde Sache verpfändet, und von einem dinglichen Recht befaßt werden.

Selbst dem Verpfänder gegenüber darf der Pfandberechtigte nicht mehr dinglich ansprechen, als gerade den Theil dieses Verpfänders, wenn auch dieser später durch Theilung die ganze Sache erwerben sollte. Denn der Pfandgläubiger ist hier nicht anders daran, als wenn der, welcher eine fremde Sache verpfändete, später das Eigenthum dieser Sache erlangt.

Hat nun aber der Verpfänder blos den ihm zustehenden unabgesonderten Theil verpfändet, und es erfolgt nachher eine Theilung, so fragt es sich, in welchem Verhältnisse der Pfandberechtigte mit seinem Rechte zu der Sache, und den abgesonderten Theilen stehe?

2) Es ist bereits bemerkt worden (zu Art. 1.), daß das Pfandrecht als dingliches Recht untheilbar sey, daß dieser Grundsatz der Untheilbarkeit, eben weil er eine Folge der dinglichen Natur des Rechts ist, auch nach unserm Gesetze gelte, welches übrigens in einigen Fällen ausdrückliche Abweichungen von ihm, und von dem, was sich folgerecht daraus herleiten lasse, enthalte.

Auf eine solche Abweichung stoßen wir in vorliegendem Artikel.

Nach den bisherigen Gesetzen konnte eine ungetheilt gemeinschaftliche Sache ebenfalls verpfändet werden. Weil man aber annahm, daß das Pfandrecht sich im Verhältniß des verpfändeten Theils auf die ganze Sache erstrecke, so ließ man durch eine ohne den Willen des Pfandberechtigten vorgenommene Theilung die Art, wie das

---

*) l. 2. C. Commun. divid. (3, 37.)

Pfand nach der frühern Bestellung haftete, nicht abändern [1]).

Dieser Ansicht hatte auch der den Ständen vorgelegte Gesetzes-Entwurf gehuldigt, indem er dem Pfandgläubiger die Befugniß einräumte, „sein Pfandrecht an den abgesonderten Theilen nach jenem Verhältniß geltend zu machen" [2]).

Die ständische Commission hingegen war in dem Glauben, es sey bei der Verpfändung eines Theils an einer gemeinschaftlichen Sache „die Meinung gewiß keine andere, als daß derjenige Theil verpfändet werden solle, welcher dem Verpfänder auch nach der Absonderung zukomme, und daß nach den römischen Gesetzen in der Regel der unzweifelhaften Absicht der Contrahenten engegengehandelt werde" [3]).

Dem gemäß schlug sie eine Abänderung des Entwurfs vor, welche von den Ständen gebilligt wurde, und nicht weniger die Genehmigung der Regierung erhielt [4]).

Wenn folglich ein Theilhaber einer ungetheilt gemeinschaftlichen Sache seinen Antheil verpfändet, und nachher ohne den Willen des Gläubigers eine Theilung erfolgt, so haftet das Pfandrecht blos auf dem abgesonderten Theil, und der Pfandberechtigte muß sich die einseitige Theilung allerdings gefallen lassen.

Nur sofern der abgesonderte Theil einen geringern Werth hätte, als der unabgesonderte, oder, wie sich die ständische Commission ausdrückte, sofern jener diesen nicht ausgleichen sollte, haftet das Pfandrecht auch auf den

---

1) l. 7. §. 4. D. quib. mod. pign. (20, 6.)

2) Ständ. Verhandl. l. c. 3s ausserordentl. Beil.-Heft. 1e Abthlg. S. 3.

3) Ständ. Verh. von 1823—24. l. c. 2e Abthlg. S. 237.

4) Ständ. Verh. l. c. S. 293. 385. u. 457. 9e Hft. S. 741.

übrigen Theilen, aber nur in Betreff dessen, was der unabgesonderte Theil den abgesonderten an Werth überstieg.

3) Hier entsteht zunächst die Frage, in welchem Verhältniß die Ansprüche des Gläubigers zu der Größe seiner Forderung stehen?

Kann der Gläubiger, zur Zeit wo er die Theilung erfährt, auf Befriedigung dringen, und reicht der abgesonderte Theil hin, um ihn zu befriedigen, so ist gewiß gar kein Grund vorhanden, an die übrigen Theile zu gehen. Sofern aber der Gläubiger in jener Zeit noch keine Befriedigung verlangen darf, und der abgesonderte Theil zwar weniger beträgt als der unabgesonderte, doch immer noch so viel, um den Gläubiger zu decken, da möchte es zweifelhaft scheinen, ob nicht das Pfandrecht des Gläubigers an den übrigen Theilen erlösche, weil ihn der abgesonderte Theil hinlänglich sichert. Allein da das Gesetz das Pfandrecht des Gläubigers für die übrigen Theile nicht davon abhängig macht, ob er durch den abgesonderten Theil gesichert ist, sondern davon, ob der „abgesonderte Theil einen geringern Werth" als der unabgesonderte habe, und da es für den Gläubiger immerhin, wenn er auch im Augenblick gesichert ist, wichtig bleibt, mehr wahrscheinliche Sicherheit für die Zukunft zu haben; so tragen wir kein Bedenken zu entscheiden, daß dem Gläubiger in allen Fällen, und unter allen Umständen die übrigen Theile verhältnißmäßig verhaftet bleiben, wenn der unabgesonderte Theil seines Verpfänders mehr werth war, als der abgesonderte.

4) Darauf kommt indessen nie was an, ob der geringere Werth des abgesonderten Theils gegen den Verpfänder mit anderm Werth, z. B. Geld, ausgeglichen wurde. Der Gläubiger hat sich hierum nicht zu kümmern. Genug der abgesonderte Theil ist weniger werth, als der unabgesonderte; das reicht hin, um sein Pfandrecht auch an den übrigen Theilen aufrecht zu erhalten.

Das Pfandrecht geht bei geringerem Werth des abgesonderten Theils nur alsdann nicht auf die übrigen Theile, wenn der Pfandberechtigte bei der Theilung „befriedigt" wird.

Befriedigt werden heißt die ganze Forderung gezahlt erhalten. Wird er nur um einen Theil seiner Forderung befriedigt, so bleibt ihm sein Pfandrecht an den übrigen Theilen immer noch, da es ihm an dem unabgesonderten ebenfalls geblieben wäre. Gleich als hätte er gar nichts empfangen, sind die Theile seinem dinglichen Rechte unterworfen, er müßte denn sein Pfandrecht auf die übrigen Theile ausdrücklich aufgegeben haben.

Jedoch darf nicht unbemerkt bleiben, daß das Recht des Pfandberechtigten für die übrigen Theile alsdann erlösche, wenn etwa die Theilhaber den mindern Werth des abgesonderten Theils mit Geld ausgeglichen, und der Pfandberechtigte diesen Ausgleichungs-Betrag empfangen hätte. Das Gesetz erhält ihm sein Pfandrecht nur in so fern der abgesondert Theil weniger beträgt. Gesetzt nun, er betrage weniger, der Gläubiger habe aber das, um was sein Werth geringer ist, selbst erhalten, so beträgt er ja wohl in Beziehung auf ihn nicht weniger. Was er weniger werth ist, das kam dem Gläubiger bereits zu, und was an den übrigen Theilen anzusprechen wäre, würde gerade das seyn, was derselbe schon hat. Klar muß übrigens die Ausgleichungs-Summe eine wirkliche Ausgleichung enthalten oder vom Gläubiger genehmigt seyn; sonst würde ihm ohne Zweifel sein Recht immer noch für das bleiben, worum die Ausgleichung zu gering war.

5) Ein von dem in unserm Gesetz berührten Fall ganz verschiedener ists, wenn eine von einem Theilhaber für seinen Antheil verpfändete gemeinschaftliche Sache dem andern Theilhaber ganz zugeschieden wird. Hat das Gesetz auch das Pfandrecht von dem unabgesonderten Theil einer Sache auf den abgesonderten verpflanzt, so-

bald dieser und der abgesonderte gleich werth sind, so hat es deßhalb nicht das Pfandrecht aufgehoben, wenn der Verpfänder nicht einmal einen abgesonderten Theil erhielt. Vielmehr bleibt hiebei, ganz wie nach dem bisherigen Rechte*), das Pfandrecht des Gläubigers bei vollen Kräften, und kann gegen den geltend gemacht werden, welcher in der Theilung die ganze Sache erhielt.

Diese Ansicht folgt wie aus der Natur der Sache, und weil das Gesetz die Abweichung nicht auch namentlich hierauf bezieht, so ferner aus dem Geiste des Gesetzes selbst. Das Pfandrecht erlischt nur dann in Beziehung der übrigen Theile, wenn der abgesonderte Theil so viel werth ist als der unabgesonderte. Ist er weniger werth, so bleibt das Pfandrecht für dieses Weniger auch an den übrigen Theilen aufrecht. Wo aber gar kein abgesonderter Theil vorhanden, sondern die ganze Sache den übrigen Theilhabern zugewiesen wurde, da ist gewiß der abgesonderte Theil weniger werth als der unabgesonderte, oder da ist der unabgesonderte Alles werth, der abgesonderte, als gar nicht vorhanden, Nichts. Mithin muß auch das Pfandrecht für den ganzen unabgesonderten Theil an den übrigen Theilen haften, weil der Werth des Abgesonderten zur Nulle herabkam.

6) „Auf reine Tauschverträge findet dieser Grundsatz keine Anwendung.“ Der Sinn dieser Bestimmung klärt sich vollständig auf, wenn man die Veranlassung dazu ins Aug faßt.

Die ständische Commission hatte auf folgendem Zusatz zum §. 8. des den Ständen vorgelegten Entwurfs angetragen:

„Dagegen kann bei einem Tausche die vertauschte Sache durch Uebertragung des darauf haftenden

---

*) l. 6. §. 8. D. Commun. divid. (10, 3.) Gmelin, de jure pignoris etc. §. 32.

Pfandrechts auf die eingetauschte Sache nur mit Einwilligung des Gläubigers befreit werden[5]).“

Die Stände lehnten diesen Zusatz ab, weil er nicht nothwendig sey und sich mehr für die Instruction eigne[6]).

Diesem Ausspruch gemäß blieb der vorgeschlagene Zusatz in der Adresse weg. Indessen ward darin parenthesenartig bemerkt: „Jedoch findet dieser Satz auf eigentliche Tausch-Contrakte keine Anwendung.“ Die Regierung äusserte sich hierüber, als über einen Satz, der sich von selbst verstehe, gar nicht; trotz dem ward die Bestimmung in unser Gesetz kurz aufgenommen.

Ihr Sinn ist dem zufolge kein anderer, als daß das Pfandrecht nicht erlösche, wenn eine Sache gegen eine andere ohne den Willen des Pfandgläubigers vertauscht werde, und nicht von der vertauschten auf die eingetauschte übergehe *).

---

5) Ständ. Verh. l. c. 3s ausserordentl. Beil.-Hft. 2e Abthlg. S. 293.

6) Ständ. Verh. 9s Hft. S. 742.

*) Dieser Grundsatz ist nun nicht nur in dem bisherigen Rechte begründet, sondern er versteht sich auch so sehr von selbst, daß man allerdings sich fragt, wie es gekommen, daß man ihn in dem Gesetze besonders ausdrückte.

Vielleicht gibt es noch einen vernünftigen Grund für seine Aufnahme! Unser Artikel setzt im Eingange fest, daß ein auf einer gemeinschaftlichen Sache von einem der Theilhaber bestelltes Pfandrecht nach der Theilung an den übrigen Theilen nicht mehr hafte, wenn der abgesonderte Theil gleich viel werth sey als der unabgesonderte. Durch die Theilung hat aber der Verpfänder sein verhältnißmäßiges Recht auf das Ganze gegen einen bestimmten Theil aufgegeben, jenen gegen diesen vertauscht. Kann es nun, wenn einmal getauscht wird, keinen Unterschied machen, ob viel oder wenig getauscht werde, so ließe sich aus der Bestimmung unsers Gesetzes leicht die Folge ziehen, daß es dem Gesetz überhaupt genüge, wenn eine an die Stelle einer andern tretende Sache den gleichen Werth habe; und die Folge könnte vielleicht damit gerechtfertigt

7) Eine bloße Folge des vorigen Satzes ist es, daß, wenn mehrere gemeinschaftliche Sachen vorhanden sind, und Einer der Theilhaber seinen Antheil an Einer dieser Sachen verpfändet, hierauf getheilt wird, die theilweise verpfändete Sache einem andern Theilhaber ganz zufällt, und der Verpfänder dafür durch eine andere Sache sich schadlos halten läßt, das Pfandrecht auf der verpfändeten Sache nicht erlösche, und auch nicht auf die Sache übertragen werde, welche der Verpfänder in der Theilung erhielt.

Freilich ist hier ebenfalls eine Theilung vorgegangen, und der Verpfänder hat für das was ihm früher gebührte, etwas anderes, für seinen unabgesonderten Theil einen abgesonderten erhalten; allein er erhielt diesen Theil nicht an derselben Sache, vielmehr hat er seinen unabgesonderten Antheil an der verpfändeten Sache für einen andern Theil an der empfangenen ganz dahin gegeben, und einen reinen Tausch vorgenommen. Die Meinung der Contrahenten war aber bei der Verpfändung eines unabgesonderten Theils an Einer Sache ge-

---

werden, weil der Gläubiger dieselbe Sicherheit habe und der dritte Besitzer nicht belästigt werde. Consequent gienge daraus hervor, daß analog auch bei jedem Tausch, wenn die eingetauschte Sache nicht weniger werth wäre als die in den Tausch gegebene, das Pfandrecht zunächst an der eingetauschten hänge, und die vertauschte nur in so fern noch treffe, als sie einen höhern Werth hätte denn die eingetauschte. Diesen ganz natürlichen Schlüssen auszuweichen, hat es der Gesetzgeber, da er einmal reine Tauschverträge nicht nach demselben Grundsatze behandeln wollte, vorgezogen, sich kurz darüber auszusprechen. Seine Beweggründe für die Theilung paßten aber durchaus nicht auf den Tausch. Denn es ließe sich wohl mit keinem Schein der Glauben rechtfertigen, es sey „die Meinung der Parthien keine andere, als daß diejenige Sache verpfändet werden solle, welche der Verpfänder vielleicht irgend einmal eintauschen würde.“

wiß nicht die, daß eigentlich nicht diese Sache, sondern eine ganz andere, welche der Verpfänder vielleicht einst in der Theilung erhalten könnte, verpfändet seyn solle.

Wurde umgekehrt nicht der unabgesonderte Antheil an Einer bestimmten Sache, sondern der unabgesonderte Theil an allen gemeinschaftlichen Sachen verpfändet, und dem Verpfänder hierauf bei der Theilung eine bestimmte Sache abgesondert zugeschieden, so läßt sich wohl an der Anwendung des bei der Theilung geltenden Grundsatzes nicht zweifeln. Zwar könnte man einwenden, der Verpfänder habe an jeder Sache seinen unabgesonderten Theil, also an jeder Etwas verpfändet, nun hingegen empfange er an Einzelnen der verpfändeten Sachen gar nichts; das Gesetz lasse aber das Pfandrecht an dem unabgesonderten Theil blos alsdann nicht fortdauern, wenn der abgesonderte Theil wenigstens an derselben Sache, nicht aber wenn Statt mehrerer unabgesonderten Theile an vielen Sachen eine einzelne Sache gegeben, also Statt vieler Theile eigentlich ein ganzes eingetauscht werde. Indessen hätte man zu bedenken vergessen, daß bei einer Verpfändung, die alle, dem Verpfänder an den gemeinschaftlichen Sachen zustehenden Theile umfaßt, alle gemeinschaftlichen Sachen gleichsam wie ein Ganzes, und der Empfang einer einzelnen wie der Empfang eines abgesonderten Theils für einen unabgesonderten betrachtet werden müsse. Auf der andern Seite läßt sich hier mit dem besten Rechte sagen, es sey die Meinung der Contrahenten gewiß keine andere gewesen, als daß diejenige Sache verpfändet seyn solle, welche der Verpfänder als seinen Antheil erhalten werde; weil, wo mehrere Sachen sind, in der Regel nach ganzen Sachen getheilt, und der Ueberschuß oder der Mangel an der Einen durch den Mangel oder Ueberschuß an der Andern ausgeglichen zu werden pflegt.

In dem letzten Fall weicht demnach das vorliegende Gesetz nach unserer Meinung von dem bisherigen Rechte

ab, nach welchem ein auf mehrere gemeinschaftlichen Sachen bestelltes Pfandrecht durch die Zutheilung einer Einzelnen, auch wenn diese nicht weniger werth wäre, als die vielen unabgesonderten Theile zusammen, für die andern Sachen nicht erlischt, und nicht auf die einzelne, zugetheilte Sache übertragen wird.

Bestimmtheit (Specialität) der verpfändeten Sache.

Art. 10.

Ein Unterpfand kann nur auf bestimmte, besonders bezeichnete Gegenstände bestellt werden. Die Verpfändung der Gesammtheit des gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens eines Schuldners (General-Hypothek) findet nicht Statt. Dagegen kann auf sämmtliche Einzelnen, zur Zeit der Verpfändung unter dem Vermögen begriffenen unbeweglichen Sachen und denselben gleichgestellten Rechte ein Unterpfand erworben werden.

---

1) Wir beginnen sogleich mit dem zweiten Satz: „Die Verpfändung der Gesammtheit des gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens eines Schuldners findet nicht Statt.“

Es ist bereits nachgewiesen worden, daß kein Unterpfand ohne Eintrag in das öffentliche Buch entstehen könne. Leicht möchte man daraus den in diesem Artikel aufgestellten

Grundsatz, das Verwerfen der allgemeinen Unterpfänder als eine Folge herleiten. Denn, ließe sich sagen, kann ein Unterpfand nur durch Eintrag erworben werden, d. h. muß der Gegenstand, worauf ein Pfandrecht erworben werden soll, im Unterpfandsbuche verzeichnet, und als verpfändet angegeben seyn, so dürfe das Pfandrecht nicht das ganze Vermögen, wie es ist und seyn wird, umfassen, weil es unmöglich erscheine, alle in demselben begriffenen, gegenwärtigen und zukünftigen Dinge in dem Unterpfandsbuche aufzuzeichnen.

Allein wie? wenn man das ganze Vermögen als solches wie einen Gegenstand des Pfandrechts betrachtete? Daß die verpfändete Sache nur eine einzelne, genau bezeichnete, oder das dingliche Pfandrecht nur auf mehrere einzelnen, genau bestimmten Sachen bestellt seyn könne; daß dasselbe nicht einen Complex von Sachen als Complex, als etwas Generelles zu umfassen vermöge, daß es sich mithin nicht auf das ganze Vermögen als Ganzes erstrecken dürfe, das Alles folgt vielleicht noch nicht aus der Bestimmung, es solle jedes Unterpfand nur durch Eintrag in das Unterpfandsbuch entstehen.

Recht wohl vermag man auch eine Gesammtheit, worin das Einzelne verschwendet, als Sache zu bezeichnen, und eben damit ein Unterpfand darauf zu bestellen. Eine Masse von verschiedenen Gegenständen zu einem Ganzen zusammengefaßt, bildet eine Einheit, wenn auch nur im Begriffe, und in dieser Einheit auch einen recht wohl zu bezeichnenden Begriffs-Gegenstand, in welchem alles Einzelne, als integrirender Theil, enthalten, kein Einzelnes verloren ist.

Der Zweifler könnte namentlich mit einigem Schein für sich anführen, daß auch unsere bisherigen Gesetze einem solchen Verallgemeinern geneigt waren. Diese kannten sehr wohl öffentliche allgemeine Unterpfänder, ob sie schon einzig dadurch zu öffentlichen wurden, daß

die Obrigkeit zu ihrer Bestellung mitwirkte, und sie in eine öffentliche Urkunde aufnahm[1]).

Allein das Unterpfand hat ausserdem noch ein wesentliches Erforderniß, daß es nehmlich nur auf eine unbewegliche Sache bestellt werden könne.

Dagegen ist die Gesammtheit als ein bloßer Gegenstand des Begriffs weder beweglich noch unbeweglich. Beweglich oder unbeweglich sind zunächst nur körperliche Sachen; was nicht körperlich ist, das kann nur figürlich, je nach dem Gegenstand worauf er sich bezieht, beweglich oder unbeweglich genannt werden. Eine Gesammtheit des Vermögens aber, ob sie schon alle Sachen des Schuldners, gegenwärtige und zukünftige, umfaßt, bezieht sich auf keinen Gegenstand. Sie ist ein blos durch den Gedanken gebildetes Ding, kein Recht, dessen Grundlage eine körperliche Sache wäre.

Sofern sie mithin weder beweglich noch unbeweglich, also in keinem Falle unbeweglich geheißen werden mag, ist sie auch nicht Gegenstand des Unterpfands.

Dieß wird noch klarer durch die Betrachtung, daß die Gesammtheit des gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens eine Masse von Dingen umfaßt, in denen Bewegliches so gut ist als Unbewegliches. Wollte man folglich ein solches Ganzes auch nach dem Gegenstand den es umfaßt, beweglich oder unbeweglich nennen, so müßte man da noch sagen, eine Gesammtheit des gegenwärtigen und des zukünftigen Vermögens sey weder beweglich noch unbeweglich, gerade weil sie Bewegliches sowohl als Unbewegliches in sich begreift, und es keine Norm gebe, nach welcher Eigenschaft der in derselben enthaltenen Gegenstände sie selbst bezeichnet werden dürfte.

---

1). Gmelin, Ordnung der Gläubiger §. 110. S. 439. Weishar, Landrecht Thl. 2. §. 527.

Wir haben bisher vorausgesetzt, weil wir die Ansicht begründet halten, daß das allgemeine Pfand eine Art ideeller Einheit des ganzen Vermögens bilde. Nach der Meinung derjenigen hingegen, welche darin keine „Gesammtheit und ideelle Einheit, sondern nur ein auf die Mehrheit aller einzelnen dem Schuldner gehörigen Sachen" bestelltes Pfandrecht erblicken [2]), stünde einer allgemeinen Verpfändung der Grundsatz noch viel mehr entgegen, daß das Unterpfand wesentlich nur Unbewegliches zum Gegenstande habe, in der allgemeinen Verpfändung aber auch Bewegliches enthalten sey. Das Bewegliche müßte ausgeschieden werden, und so das ganze Vermögen als Gegenstand des Pfandrechts verschwinden. Nur ein Theil des Vermögens, das darin enthaltene Unbewegliche, würde als verpfändet erscheinen. Welcher Art man demnach das bisher sogenannte allgemeine Pfand beurtheile, so könnte nach dem neuen Gesetze, und nach den von ihm bestimmten wesentlichen Erfordernissen des Unterpfands „eine allgemeine, das ganze gegenwärtige und zukünftige Vermögen des Schuldners umfassende Verpfändung nicht mehr Statt finden."

Indessen ließe es sich immerhin denken, daß ein Pfand im Allgemeinen auf alles gegenwärtige und zukünftige, unbewegliche Vermögen des Schuldners bestellt würde, ohne das Einzelne herauszuheben; so daß alles unbewegliche Gut, das der Schuldner hat oder erlangen wird, gleichsam wie eine Gesammtheit verpfändet erschiene.

Wollte man diese Gesammtheit als eine ideelle Einheit betrachten, so wäre Schein genug vorhanden, diesen Begriff-Gegenstand, weil er sich auf Unbewegliches bezieht, nur Solches umfaßt, nach Analogie von Rechten, deren Gegenstand eine unbewegliche Sache ist, selbst für

---

2) Seuffert, Erörterungen 2te Abthlg. Nr. 19. S. 92 – 95.

unbeweglich zu halten. Gäbe man andern Theils der Meinung Raum, daß ein solches Pfandrecht nur eine Mehrheit von einzelnen unbeweglichen Sachen in sich begreife, so könnte der Eintrag in das öffentliche Buch auf jedes Einzelne bezogen, und damit ein wahres Unterpfand errichtet werden.

Doch die Folge einer solchen Verpfändung wäre beinahe dieselbe, wie bei der allgemeinen Verpfändung des ganzen Vermögens. Da nehmlich in derselben alle unbewegliche Güter des Schuldners begriffen wären, ohne Unterschied, und die zukünftigen, weil sie unter der Bedingung des Erwerbs verpfändet erscheinen, nicht weniger denn die gegenwärtigen, alle aber ohne bestimmte Bezeichnung im Allgemeinen darunter begriffen wären, so könnte sich kein nachfolgender Gläubiger mit Sicherheit ein bestimmtes Gut verpfänden lassen; das frühere allgemeine Pfandrecht gienge ihm vor, ohne daß er doch wüßte, in welchem Verhältniß der Werth der unbeweglichen Güter, welche der Schuldner etwa besitzt, zu den von ihm errichteten Verpfändungen stehe. Auf gleiche Weise könnte die erkennende Behörde, bei einer neuen Verpfändung nicht wissen, ob nicht die bereits bestellten Verpfändungen das unbewegliche Vermögen des Schuldners erschöpfen, wenn sie nicht jedes Mal die mühevolle Untersuchung des ganzen Zustandes, in welchem sich das unbewegliche Vermögen des Schuldners befindet, vornehmen wollte.

Unser Gesetz aber, welches von dem Prinzip der möglichst bestimmten Gewißheit ausgeht, mochte ein solches nur das Unbewegliche treffende allgemeines Pfand nicht dulden, und begnügte sich daher nicht, die bisher sogenannten generellen, das ganze Vermögen umfassenden, Pfandrechte für die Zukunft unmöglich gemacht zu haben, sondern setzte auch, um jeden Zweifel zu beseitigen, den ausdrücklichen Grundsatz fest: „Ein Unterpfand kann

nur auf bestimmte, besonders bezeichnete Gegenstände bestellt werden."

Jede verpfändete Sache soll „bestimmt und besonders bezeichnet," d. h. es muß festgesetzt seyn, welche und wie viele, Sachen man verpfände, ohne daß eine Verpfändung ins Unbestimmte, mit den Worten: „alles Unbewegliche das ich habe oder haben werde," für die Zukunft zur Unterpfandsbestellung hinreichte.

2) Ein Gegenstand kann in vielfacher Hinsicht bestimmt genannt werden. Da bestimmen nichts anderes heißt, als begränzen, abmessen, genau umschreiben oder feststellen, eine jede Sache aber in mehr als Einem Betracht gehörige Begränzung, Maaß und Umschreibung erlangen kann, so schienen die Worte: „besonders bezeichnet," als nähere Erläuterung des Bestimmtseyns nicht überflüssig. Eine Sache ist bestimmt, wenn ihre Größe festgestellt ist; das wäre eine Bestimmung dem Maaße und der Ausdehnung nach, so daß man die Angabe: „ein Feld von zwei Morgen" schon eine Bestimmung nennen könnte. Ferner! wenn man bedenkt, wie vielartig die unbeweglichen Güter ihrem Boden, ihrer Lage, ihrer Cultur nach seyn können, so muß man auch zugeben, daß dieselben erstaunlich vieler Bestimmungen fähig sind. Die Worte: „Ein Feld mit Lehmboden" bezeichnen ein bestimmtes Feld; nicht weniger das Gut bestimmend wäre der die Lage oder Culturart angebende Ausdruck: „ein Gut in dieser oder jener Halde," — „ein Weinberg."

Kurz, jede einzelne genau angegebene Eigenschaft enthält eine Bestimmung. Sie begränzt und bestimmt einen Gegenstand, weil sie ihn aus der Gesammtheit der Gegenstände heraushebt, und ihn einer Masse von Gegenständen, welche diese Eigenschaft nicht haben, entgegensetzt. Je mehr solche Eigenschaften herausgehoben, und je mehreren Sachen dadurch eine Sache entgegengesetzt

wird, je individueller sie erscheint, desto mehr ist sie auch bestimmt. Je weniger umgekehrt eine Sache bestimmt ist, desto weniger individuell ist sie, desto mehr fällt sie mit einer größeren oder geringeren Mehrheit anderer Dinge zusammen, desto ungewisser bleibt es mithin noch, welche einzelne Sache eigentlich gemeint sey.

Würde demnach das Gesetz blos gesagt haben: „ein Unterpfand kann nur auf bestimmte Gegenstände bestellt werden;" so wüßten wir allerdings, daß ganz Unbestimmtes nicht zu Unterpfand gegeben, und z. B. der Ausdruck: „alle unbeweglichen Güter, die ich habe," nicht gebraucht werden dürfe. Aber wir wüßten noch nicht, wie weit die Bestimmung gehen müsse. Dem Geiste des Gesetzes nach würden wir zwar, wären die von der ständischen Commission vorgeschlagenen Worte [3]): „auf bestimmte Gegenstände" gewählt worden, behauptet haben, der Gegenstand müße so bestimmt seyn, daß er individuell erkennbar, und mit keinem andern verwechselt werden könnte; und vielleicht wäre unserer Behauptung auch der Sprachgebrauch zur Seite gestanden.

Damit alle Zweifel verschwinden, fordert das Gesetz ausdrücklich nicht blos Bestimmtheit überhaupt, sondern eine besondere Bezeichnung des verpfändeten Gegenstandes. Der Gegenstand soll „besonders bezeichnet" seyn, er soll so bezeichnet seyn, daß man ihn als besondern Gegenstand sogleich erkenne, und von allem Andern unterscheiden möge.

Die vom Gesetze verlangte Bestimmtheit ist demnach eine das Individuelle klar zeigende. Wie diese Bestimmtheit erlangt werde, welche Bezeichnung sie herbeiführe, davon redet das Gesetz nicht, und hat auch nicht davon zu reden. Die kürzeste Bezeichnung, wenn sie nur den Zweck erreicht, genügt, und muß genügen. Sie erreicht

---

3) Ständ. Verhandl. l. c. 3tes ausserordentl. Beil.-Hft. 2te Abthlg. S. 287.

aber ihren Zweck, sobald man den Gegenstand der Verpfändung mit voller Gewißheit, ohne daß die mindeste Unbestimmtheit obwaltet darüber, welcher Gegenstand verpfändet sey, durch sie kennen lernt. Uebrigens wird vielleicht in den meisten Fällen, um jede mögliche Irrung abzuschneiden, namentlich eine Bezeichnung nach Maaß, Culturart und Lage den Zweck am besten erreichen.

3) Daraus, daß das Pfandrecht nur auf besonders bezeichnete Sachen bestellt werden kann, folgt indessen nicht, daß dasselbe auf keine erst zu erwerbende Sache, auf kein zukünftiges Vermögensstück bestellt werden könne. Wohl mögen Sachen, welche der Schuldner und Verpfänder erst erwerben muß, verpfändet werden; nicht zwar mit der allgemeinen Formel: „mein zukünftiges unbewegliches Vermögen.“ Denn diese Formel ist unbestimmt, und enthält keine besondere Bezeichnung dessen, was verpfändet werden soll. Wäre aber diese besondere Bezeichnung vorhanden, würde mithin ein bestimmter, besonders bezeichneter Gegenstand, welchen der Schuldner noch nicht hat und erst erwerben soll, verpfändet; so darf wohl nicht gezweifelt werden, daß auch diese Verpfändung in dem Maaße gültig ist, als überhaupt eine dem Verpfänder nicht gehörige Sache gültig verpfändet werden kann [4]).

Eben so wenig liegt es in dieser besondere Bezeichnung fordernden Bestimmung, daß nur einzelne Güter verpfändet werden dürfen. Vielmehr kann ein ganzer Güter-Complex als solcher ohne besondere Bezeichnung des Einzelnen, oder ein Gut mit allen seinen Theilen ohne besondere Bezeichnung dieser Theile, mit allem Fug verpfändet werden.

In dem Güter-Complex sind alle einzelnen Güter schon enthalten, so wie alle Theile eines Guts in diesem Gut. Die besondere Bezeichnung des Einzelnen, wodurch

4) Man sehe den Comment. zu Art. 5.

gleichsam jedes in dem Complex begriffene Gut, jeder dem Gut angehörende Theil verpfändet, als einzelne Sache verpfändet würde, ist nicht erforderlich. Genug, so man genau weiß, was verpfändet wurde, und den Complex kennt, oder die Theile.

Die Wahrheit dieser Ansicht springt sogleich in die Augen, wenn man die Fassung unsers Artikels mit dem Gesetzes-Entwurf und dem Beweggrund vergleicht, welcher eine Abänderung desselben veranlaßte. Der Entwurf hatte im §. 9. ausgesprochen: „ein Unterpfand könne nur auf einzelne, bestimmte Vermögensstücke bestellt werden." Das Wort „einzeln" blieb im Gesetz weg, und zwar auf Vorschlag der ständischen Commission, den sie damit begründete: „weil auch ganze Güter-Complexe verpfändet werden können." Sie fürchtete, es möchte aus dem Wort „einzeln" Etwas gegen eine solche Verpfändung eingewendet werden [5]). Die Stände stimmten damit, daß Güter-Complexe verpfändet werden können, überein und glaubten, daß auch der Entwurf nicht entgegen sey; sie meinten aber, gerade deßhalb betreffe die vorgeschlagene Abänderung blos die Redaktion [6]), welche denn auch in dem Gesetze mit Berücksichtigung des Commissions-Antrags vorgenommen wurde.

Wäre es demnach Meinung der ständischen Commission und der Stände gewesen, daß man Güter-Complexe zwar verpfänden dürfe, aber alle einzelnen Güter eines solchen Complexes besonders bezeichnen müsse, so wäre nicht nur kein Grund gewesen, die Abänderung des Entwurfs vorzuschlagen, sondern sie hätte gerade an den Worten des Entwurfs festhalten müssen. Denn die Verpfändung des Einzelnen konnte nach dem Entwurf gewiß keinem Zweifel unterliegen, wohl aber die Eines

---

5) Ständ. Verhandl. von 1823—24. 3tes ausserordentl. Beil.-Heft. S. 229. u. 287.

6) Ständ. Verh. von 1823—24. 9s Heft. S. 735 — 736.

Complexes als Complex. Eben so konnte die Regierung jenen Vorschlag nicht auf den Wunsch der Stände berücksichtigen, wenn nach ihrer Ansicht kein Güter-Complex als Complex, sondern nur die einzelnen darinnen enthaltenen Güter mit besonderer Bezeichnung verpfändet werden sollten.

Was wir hier durch Interpretation darzuthun suchten, das spricht endlich unser Gesetz mit deutlichen Worten aus, indem es sich bei der Verpfändung eines Complexes von Gütern mit einer allgemeinen Bezeichnung des ganzen Complexes und seines Flächeninhalts nach den verschiedenen Arten von Gütern ausdrücklich begnügt, und keine besondere Bezeichnung jedes einzelnen darin begriffenen Guts verlangt *).

4) Ausserdem, und wenn die verschiedenen, verpfändeten Güter keinen Complex bilden, ist jedes Gut besonders zu bezeichnen. Wird aber nur jedes Gut besonders bezeichnet, so können viel oder wenig Güter verpfändet werden, selbst alle unbeweglichen Güter, welche sich zur Zeit der Verpfändung in dem Vermögen des Verpfänders befinden. Hierin liegt keine generelle Verpfändung des ganzen unbeweglichen Vermögens, sondern nur eine Masse von einzelnen Pfandrechten. Denn da jedes Gut besondes bezeichnet und besonders verpfändet wird, so be-

---

*) Art. 189. Hierin liegt übrigens keine Ausnahme. Man kennt den Complex, und kennt seine Theile. Diese Theile, die einzelnen Güter sind mithin eben so gewiß und bestimmt als der Complex selbst. Dem gesetzlichen Verlangen ist aber Genüge geleistet, wenn eine solche Bezeichnung vorliegt, wodurch man die verpfändete Sache genau kann kennen lernen. Zu dem kommt, daß das Gesetz im Art. 189. fordert, man solle auf „die Urkunden, in welchen die einzelnen Bestandtheile beschrieben sind," hinweisen. Zum deutlichen Beweis, daß dasselbe bei dem Güter-Complex keine Ausnahme festsetzen, sondern nur das, was schon gegeben ist, nicht noch einmal verlangen wolle.

steht die ganze Verpfändung, so viel sie auch Güter umfaßt, und sollte sie alle im Vermögen des Verpfänders sich befindlichen Güter umfassen, nur aus mehrern einzelnen bestimmten, auf einzelne bestimmte Güter errichteten Pfandrechten. Es sind immer nur einzelne, bestimmte Sachen, welche verpfändet werden, nicht aber etwas Ganzes im Ganzen.

Dabei versteht es sich von selbst, daß wir nur von der Verpfändung mehrerer Güter für Eine Forderung reden. Werden mehrere Güter, jedoch für verschiedene Forderungen verpfändet, so ist nicht mehr eine, mehrere einzelne Güter umfassende Verpfändung, sondern es sind mehrere, von einander verschiedene Verpfändungen vorhanden *).

5) Sind mehrere Güter für Eine Forderung verpfändet worden, so läßt sich ein zweifacher Sinn der Verpfändung denken.

I.) Entweder die Forderung wird zerlegt, in kleinere Theile gespalten, und für jedes dieser Theilchen eine besondere Sache verpfändet; alsdann ist gar nicht blos Eine Verpfändung, sondern es sind mehrere verschiedene Pfandrechte bestellt worden. Mag die Hauptforderung immerhin ihrem Grunde nach nur eine einzige seyn; so ist sie doch durch Theilung gleichsam in mehrere zerlegt worden, und eine jede dieser mehreren Forderungen durch ein eigenes Unterpfand gesichert worden. Gerade wie bei mehreren Erben eine Forderung des Erblassers schon von

---

*) Eben so versteht es sich von selbst, daß bei einer Verpfändung, wo das Pfandrecht im Allgemeinen bestellt, dabei aber doch auch einzelne Güter besonders bezeichnet wurden, das Pfandrecht, sofern es im Allgemeinen errichtet war, keine Gültigkeit hat, in Beziehung der bestimmten, besonders bezeichneten Gegenstände aber aller Wirkungen fähig ist. Auf diese Art wird die Verpfändung nicht durch und durch, sondern nur theilweise ungültig, weil theilweise alle gesetzlichen Erfordernisse vorhanden sind.

Rechtswegen getheilt ist, und aus ihr durch Theilung gewissermaßen mehrere Forderungen entstehen *), so erscheint der Fall, wenn Eine Forderung getheilt und für jeden Theil ein besonderes Pfand errichtet wird. Jedes bestimmte Unterpfand haftet nur für die Forderung, oder für den Theil der Forderung, wofür es bestellt wurde. Wenn daher dasselbe unbewegliche Gut noch einem Andern durch eine Nachverpfändung Sicherheit geben sollte, und der frühere Gläubiger würde aus den verschiedenen ihm versetzten Gütern nicht den Betrag der darauf versicherten einzelnen Forderungs-Theile, oder Summen erhalten, während etwa das zum zweiten Mal versetzte Gut weit mehr betrüge, und zur Ausgleichung dessen hinreichte, was die andern Pfänder minder betragen; so dürfte der ältere Gläubiger diese Ausgleichung durch das Pfand nicht verlangen, sondern müßte für das, was dieses Pfand mehr werth wäre, als der ausdrücklich darauf versicherte Forderungs-Theil, dem folgenden Gläubiger nachstehen.

II.) Möglicher Weise können indessen mehrere Sachen für Eine Forderung mit ungetheilter Summe bestellt worden seyn. Hier scheint jedes Einzelne für die ganze Forderung verpfändert zu werden, und die ganze Forderung sich auf jedes Einzelne zu erstrecken, so daß der Gläubiger auch jedes Einzelne für seine ganze Forderung nach freier Wahl in Anspruch nehmen dürfte. Das folgt auch schon aus dem Grundsatz der Untheilbarkeit; jedes Einzelne ist für das Ganze verpfändet, und haftet auch für das Ganze, ohne daß man den Gläubiger zur Theilung seiner Forderung und seines Pfandrechts nöthigen könnte.

Diese Ansicht stimmt ganz mit dem bisherigen Rechte überein 7), das umgekehrt diese Ansicht wieder bekräftigt,

*) l. 2. §. ult. l. 25. §. 1. D. 10. 2. l. 6. C. fam. herciso. (3, 36.)

7) l. 19. D. de pign. (20, 1.) l. 2. C. si unus ex plur. (8, 32.)

weil allenthalben, wo dasselbe nicht ausdrücklich oder nach dem Geiste des neuen Gesetzes abgeändert ist, seine Bestimmungen volle Kraft haben. Abgeändert ist es aber in diesem Punkte weder ausdrücklich, noch durch den Geist des vorliegenden Gesetzes.

Vielmehr ist dasselbe sogar ausdrücklich bestätigt. Unser Gesetz enthält in den Artikeln 98—103. mehrere nähere Bestimmungen über eine mit mehreren Gütern für eine Forderung in ungetheilter Summe vorgenommene Verpfändung. Es beschränkt den Pfandberechtigten vielfach, zeigt aber gerade durch diese Beschränkungen, welche es nur für gewiße Fälle anordnet, daß die Forderung nicht von selbst unter den vielen Pfändern getheilt ist, und der Gläubiger in der Regel jedes Einzelne willkührlich für die ganze Summe in Anspruch nehmen darf *).

---

*) So bestimmt es im Art. 98., daß der Gläubiger zunächst „aus den Gütern zu befriedigen ist, deren Angriff den Rechtsansprüchen am wenigsten Nachtheil bringt." Es setzt mithin voraus, daß die Forderung auf jedes Gut im Ganzen sich erstrecke; denn wäre sie dem Rechte nach unter denselben getheilt, so könnte weder ein Gut ganz ausgenommen, noch ein anderes ganz bestrickt werden; weil ja sonst ein Verpfändetes als nicht verpfändet, und ein nicht Verpfändetes als verpfändet, wenigstens theilweise, behandelt würde.

Ferner bestimmt es im Artikel 100.: „Der ältere Gläubiger könne in der Ausübung des ihm in Beziehung auf verschiedene Unterpfänder zustehenden Wahlrechts in so weit nicht beschränkt werden, als davon seine Befriedigung wegen eigener späterer Hypothekar-Forderungen abhängt."

Deutlicher konnte wohl die von uns aufgestellte Regel nicht ausgesprochen werden. Die Ausnahmen dieser Regel und die Beschränkungen, welchen das dem Gläubiger zustehende Wahlrecht je nach den verschiedenen Verhältnissen unterliegt, werden wir weiter unten bei den Art. 98—103. näher kennen lernen.

6) Es gibt nach unserem Artikel kein allgemeines Pfand mehr, nicht nur sofern es auf alles gegenwärtige und zukünftige Vermögen gerichtet ist, sondern auch in sofern es blos auf das gegenwärtige und zukünftige unbewegliche Vermögen bestellt wird; es gibt nicht einmal eine allgemeine Pfandbestellung auf das gegenwärtige unbewegliche Vermögen mehr, wie sie etwa durch die Worte ausgedrückt wäre: „mein ganzes unbewegliches Vermögen," „alle unbeweglichen Güter, die ich besitze ꝛc." Nur bestimmte, besonders bezeichnete Gegenstände können verpfändet werden. Keine allgemeine Pfandbestellung ertheilt ein wirkliches Pfandrecht, ein dingliches, welches gegen dritte Erwerber, oder nachfolgende Pfandgläubiger geltend gemacht werden könnte. Selbst gegen den Schuldner entsteht kein dingliches Recht, und auch gegen ihn kann keine dingliche Klage durchgesetzt werden. Das dingliche Recht entsteht nur, wenn das Pfandrecht auf bestimmte Gegenstände mit besonderer Bezeichnung bestellt wird. In jedem andern Fall ist gar keine Verpfändung vorhanden, weil sie nach dem Gesetze nicht unbestimmt, nicht allgemein vorgenommen werden kann *).

Wenn wir oben (Art. 2.) gefunden haben, daß es ein Unterpfand nicht ohne Eintrag, und nur bei unbeweglichen, und ihnen gleichkommenden Sachen gibt, so finden wir jetzt, daß es kein Unterpfand ausser auf bestimmte, besonders bezeichnete, unbewegliche Sachen geben kann.

Wie durch den ersten Grundsatz, so unterscheidet sich das neue Gesetz nicht weniger durch den zweiten von dem bisherigen Recht.

Bisher konnte man das ganze Vermögen verpfänden, das gegenwärtige wie das zukünftige, man konnte einen Theil des Vermögens, z. B. alle liegende Güter,

---

*) Welche Folgen es habe, wenn die Pfandbestellung ursprünglich allgemein war, sodann aber spätere besonder Güter bezeichnet wurden, darüber den folgenden Art. Nr. 6.

die man hatte, oder erwerben würde, in allgemeinen Formeln verpfänden; man konnte eine solche allgemeine unbestimmte Verpfändung sogar öffentlich, mit allen Wirkungen öffentlicher Verpfändungen neben einer bestimmten, auf besonders bezeichnete Güter gerichteten, vornehmen; — nach dem neuen Gesetze kennen wir einzig und allein Unterpfänder, die auf besonders bezeichnete unbewegliche Güter bestellt werden, und keine andere. Jedes andere nicht auf solche Weise errichtete Unterpfand, also jedes nicht nach den gesetzlichen Erfordernissen errichtete, ist wie nicht vorhanden anzusehen, kraftlos, ohne Wirkung; der Gläubiger erlangt kein dingliches Recht, und keine unbewegliche Sache des Verpfänders, die nicht mit besonderer Bezeichnung verpfändet wurde, ist mit einem dinglichen Rechte bestrickt [8]).

---

8) Es versteht sich von selbst, daß in den Fällen, wo das Gesetz selbst ausnahmsweise keine besondere Bezeichnung der einzelnen, in einer Sache enthaltenen Bestandtheile verlangt, wie der einzelnen Güter in einem Complex, das Pfandrecht auch ohne die besondere Bezeichnung des Einzelnen besteht. Allein in diesem Fall muß wenigstens das Ganze, der Güter-Complex, bezeichnet, und selbst die darin enthaltenen einzelnen Güterstücke im Allgemeinen nach ihren verschiedenen Arten, und mit Verweisung auf die sie besonders bezeichnenden Urkunden, besonders bezeichnet seyn.

Bestimmtheit der versicherten Summe.

Art. 11.

Die Forderung, für welche durch das Unterpfand Sicherheit geleistet wird, muß der Summe nach bestimmt seyn.

Ist die Größe des Anspruchs noch unbestimmt; so muß vor Bestellung des Unterpfands der Betrag festgesetzt werden, für welchen das Unterpfand haften soll.

Unter eben dieser Voraussetzung kann für eine Forderung ein Unterpfand bestellt werden, deren Verwirklichung noch von einem ungewissen künftigen Erfolg abhängt.

Ausserdem, daß die verpfändete Sache bestimmt und besonders bezeichnet seyn muß; verlangt das Gesetz auch genaue Bestimmtheit der Forderung.

Man glaube indessen nicht, daß die letztere Anordnung eine reine, nothwendige Folge der erstern seye, weil die Sache nicht als bestimmt gelten könne, wenn man nicht wisse, in welchem Verhältniß sie zur Forderung stehe, in wie weit sie hafte. Denn, die Sache soll bestimmt seyn, heißt nicht, sie soll nach allen Seiten und Beziehungen als verpfändete Sache erkennbar gemacht, sondern wie das Gesetz selbst sagt, sie soll besonders bezeichnet seyn. Als individuelle Sache muß sie erkannt werden; man muß wissen, welche Sache verpfändet wurde. Eine Bestimmtheit dagegen, welche sich auf ihr Verhältniß zur Forderung

bezieht, in wie fern und in wie weit sie als verpfändet gelte, gehört nicht mehr zu dem gesetzlichen Verlangen, daß der Gegenstand des Unterpfands bestimmt, d. h. besonders bezeichnet werden müsse, noch folgt sie daraus.

Wohl aber folgt sie aus dem Geiste des Gesetzes, aus denselben Motiven, welche den Gesetzgeber veranlaßten, Bestimmtheit und besondere Bezeichnung der Sache als individuelles, existirendes Ding zu verlangen.

Der Gläubiger soll über das Pfandrecht als Sicherungsmittel, und über das Maaß seiner Sicherheit völlige Gewißheit haben, ohne das Zusammentreffen mit andern Pfandberechtigten weiter fürchten zu müssen, als er im Augenblick vorhersah, wo er sein Geld gegen ein Pfand dem Schuldner anvertraute. Darum soll der Gegenstand besonders bezeichnet seyn, damit man wissen könne, ob er schon verpfändet sey, und damit kein Anderer vorgehe, von dem man nicht bei der Verpfändung schon wußte, daß er vorgehen werde. Eben darum soll auch die Forderung bestimmt seyn, weil sonst kein nachfolgender Gläubiger wissen kann, um wie viel die Sache verhaftet ist, keine Gewißheit über das Maaß seiner Sicherheit zu erlangen vermag, wenn er gleich die Sache genau kennt, und gewiß seyn darf, daß mit ihm in dieser Sache nur bestimmte Personen zusammentreffen.

1) „Die Forderung muß der Summe nach bestimmt seyn.“ Die Größe derselben muß genau angegeben seyn. Wie groß die Forderung an sich ist, darauf kommt nichts an. Aber sofern ein Pfand bestellt wird, muß man bestimmt aussprechen, wofür das Pfand hafte, wie groß die Forderung sey, oder für welchen bestimmten Theil derselben gerade Sicherheit durch ein Unterpfand gegeben werde. Auch darauf kommt nichts an, ob Eine oder mehrere Forderungen durch Eine Sache versichert werden, so wenig darauf was ankommt, ob Eine oder mehrere Sachen für Eine Forderung verpfändet werden. Recht wohl dürfen mehrere, d. h. aus verschiedenen Gründen

entstandenen Forderungen durch Eine Sache sicher gestellt werden, wenn nur jede Einzelne derselben ihrer Summe nach bestimmt ist.

2) „Der Summe nach bestimmt," der Größe nach begrenzt seyn, heiß hier: es müße die Größe der Forderung, wofür ein Unterpfand errichtet wird, nach Geld festgesetzt seyn. Denn nur der Anspruch hat seine genaue Bestimmtheit, welcher in dem gleichen Werth mit dem Pfand gemessen ist, und über den hinaus das Pfand nicht mehr angesprochen werden darf.

Es ist unläugbar, daß man die verpfändete Sache in der Regel nach Geld schätzt und veräussert, weil Geld der regelmäßige, wo nicht einzige Werthmesser ist. Alles andere aber, das man in Natur leisten soll, wird ebenfalls, wenn es nicht geleistet wird, nach dem allgemeinen Mittel, die Werthe festzusetzen, nach Geld bestimmt. Dieß wird klar durch die Betrachtungen. Es kann die Forderung in einer Sache bestehen, die nach den Gesetzen durch keine andere vertreten werden kann. Hier bleibt nun die Größe der Forderung ganz unbestimmt. Denn würde die Sache nicht geleistet, so müßte, um vom Interesse hier noch abzusehen, ihr Werth geleistet werden. Welches ist nun dieser Werth? Das Pfand ist gerade für den Fall zur Sicherheit gegeben, so die Sache nicht geleistet würde; zu erkennen, wofür es hafte, müßte demnach jener Werth bekannt seyn. Bekannt wird er aber nur, in sofern man ihn nach dem Maaßstab der Werthe, nach Geld abmißt.

Im Grunde findet dasselbe bei allen fungiblen Dingen ausser Geld Statt. Würde das Maaß derselben der Forderung gemäß nicht geleistet, so müßte, um vermittelst des Pfandes dem Gläubiger nur gleichgute Sachen derselben Art zu verschaffen, immerhin ihr Werth in Geld bestimmt werden, weil das Pfand in der Regel nach diesem einzig allgemeinen Maaßstabe geschätzt wird. Allein Geld blos ist ferner der Werth, welcher unter al-

len Verhältnissen geleistet werden kann, gerade weil es einen allgemeinen Werth enthält. Es ist möglich', daß man kein gleich gutes Korn bekömmt; doch Geld mißt Alles aus, und ist für Alles zu erhalten.

Würde nun eine Sache für eine nicht in Geld ausgedrückte Forderung verpfändet, so müßte, da die Zeit der Leistung in der Zukunft liegt, die Frage, wofür das Pfand hafte, immer unbestimmt beantwortet werden; es hafte für so viel, als die Leistung Werth haben würde. Wie viel sie aber Werth haben wird, das hängt selbst bei fungiblen Sachen, deren Maaß und Größe angegeben ist, immer von verschiedenen Umständen ab, so daß der eigentliche Werth der Forderung im Verhältniß zur verpfändeten Sache zur Zeit der Verpfändung unbestimmt bliebe.

Er soll aber bestimmt seyn! Man soll zur Zeit der Verpfändung wissen, wie groß die Forderung sey; da man nun das blos dann mit Gewißheit weiß, wenn man die Forderung nach dem Maaßstab aller Werthe, nach Geld festsetzt, so folgt aus der nothwendigen Bestimmtheit der Forderung auch die nothwendige Angabe, für wie viel Geld die Sache verpfändet werde.

Das ists, was das Gesetz sagt: „Die Forderung muß der Summe nach bestimmt seyn.“ Die Anordnung des Gesetzes ist allgemein; im Allgemeinen läßt es sich aber von einer bestimmten Summe nur sprechen, wenn man die Forderung auf den allgemeinen Maaßstab der Werthe, auf Geld zurückführt.

Denn zuletzt genommen, und im äussersten Fall, muß jede Forderung auf Geld zurückgebracht werden. Das Gesetz fordert aber Bestimmtheit der Summe für alle Fälle, es fordert also ihre Bestimmung nach Geld.

3) Das Gesetz will, daß die Forderung der Summe nach bestimmt werde. Den Worten nach sollte man meinen, es werde nichts weiter verlangt, als die Festsetzung der Summe. Der Geist des Gesetzes aber geht auf

völlige Gewißheit dessen, wofür das Pfand bestellt wird. Das Wofür beschränkt sich nicht blos auf die Größe, es begreift noch viel mehr den Grund der Forderung, die causa debendi in sich. Ohne daß die causa debendi bei der Verpfändung ausdrücklich, oder mit Beziehung auf eine andere Urkunde angegeben würde, könnte man nie gewiß seyn, daß das Pfand auch wirklich nur für die Forderung werde in Anspruch genommen werden, für welche es verpfändet wurde.

Es ließe sich wohl sagen, die Kenntniß der causa debendi sey gleichgültig. Der Schuldner werde schon, wenn es sich ernstlich darum handle, diese causa nachzuweisen suchen. Allein abgesehen von der Schwierigkeit, ob auch der Beweis immer später noch werde geführt werden können, so kann es namentlich dem nachfolgenden Pfandgläubiger nicht einerlei seyn, über die frühere Forderung ihrem Wesen, ihrer causa nach in Ungewißheit zu bleiben.

Seine Rechte sind sehr gefährdet, wenn keine causa angegeben ist, und der frühere Pfandgläubiger gleichsam nach Willkühr die Verpfändung auf irgend eine beliebige Forderung beziehen könnte.

Nicht weniger wichtig ist es für den dritten Erwerber einer Sache. Man setze, der Gläubiger habe ein Pfandrecht für eine einfach geleistete Bürgschaft erhalten, der Grund der Forderung aber sey nicht ausgedrückt. Wenn nun der Gläubiger das Pfandrecht gegen den dritten Besitzer geltend macht, so kann dieser im vorausgesetzten Fall fordern, daß der Gläubiger zuerst den Schuldner belange (Art. 116.). Wollte nun der Gläubiger das Pfandrecht auf eine ganz andere Forderung beziehen, so käme der dritte Besitzer zum mindesten in die Gefahr eines Rechtsstreits, wenn er nicht durchaus auf seine Einrede verzichten soll.

Wäre mithin keine causa debendi angeführt, so würde die Sicherheit, welche das Gesetz erreichen will,

keineswegs durch die bloße Bestimmung der Summe erreicht. Schon darum dürfen wir den Satz aufstellen, daß der causa debendi bei der Verpfändung erwähnt werden müße.

Wir stellen ihn aber noch mehr deshalb auf, weil die causa debendi zum Wesen der Forderung gehört. Ohne eine causa gibt es keine Forderung, so wie auch eine Urkunde, welche keine causa debendi enthält, keinen Beweis der Schuld liefert. Indem nun das Gesetz von einer Forderung spricht, muß man auch annehmen, es spreche von einer solchen, welche in der Verpfändung als Forderung erscheint. Sie erscheint aber nur dann als Forderung, wenn ihre causa bei der Verpfändung selbst namentlich oder beziehungsweise gemeldet wird.

Zeuge der Richtigkeit unserer Behauptung ist das Gesetz selbst, welches da, wo es von den wesentlichen Requisiten des Eintrags redet, den Eintrag des Forderungs-Grundes eben so wie den Eintrag der bestimmten Summe (Art. 187.) verlangt.

4) Wir haben oben gesehen, die Summe der Forderung müße nach Geld bestimmt seyn. Diese Bestimmung ist in allen den Fällen von selbst gegeben, wo die Forderung in Geld besteht, und muß festgestellt werden, wenn sich die Forderung auf etwas Anderes als Geld, sey es ein Thun oder ein Leisten, bezieht. Was das Leisten namentlich betrifft, so haben wir schon bemerkt, daß es nicht blos, wenn eine einzelne, nicht fungible Sache, sondern auch wenn fungible Sachen nach bestimmtem Maaß und Gewicht gegeben werden sollen, nicht für alle Fälle die Gewißheit enthält, welche das Gesetz verlangt. Wir haben das gesehen, indem wir das zu Leistende selbst betrachteten, und nachzeigten, daß auf den Fall, für welchen das Pfandrecht bestellt wurde, der Betrag der Leistung nach Geld geregelt werden müße, die Regelung aber an sich zur Zeit der Verpfändung unmöglich bekannt seyn könne. Diese Unbestimmtheit der Forderung im Verhältniß zum

Pfandobjekte wird noch vermehrt, wenn man auf das Interesse achtet, welches der Berechtigte ausser der Sache und ihrem Werth im Falle der Nichtleistung je nach den Umständen ansprechen darf. Dieses Interesse hat in sich selbst schon die höchste Unbestimmtheit, macht aber troz dem einen Theil der Forderung aus, die ebenfalls an sich und ohne jenes Interesse nichts weniger als bestimmt ist.

Ist die Forderung vollends auf ein Thun, oder auch Unterlassen gerichtet, und dafür ein Pfand zu bestellen, so kann ja für den Fall, wo das Pfand haftet, im Voraus noch nicht im Entferntesten gewiß seyn, wie hoch die Forderung laufen werde, weil sich der Werth des Thuns oder Nichtsthuns erst alsdann genau schätzen läßt, wo man hätte thun oder unterlassen sollen. Zudem kommt, daß Thun u. Nichtthun zu dem Werth einer Sache, als zu dem Pfande überhaupt nur dann in ein Verhältniß treten können, wenn man auch ihnen einen schätzbaren Werth gibt, nicht aber als Thun oder Nichtthun.

In diesen Fällen nun, wo die Forderung nicht an sich schon in einer Geld-Summe beßteht, muß sie auf eine solche zurückgeführt, und dadurch ihrem Werth nach bestimmt werden.

Es kann aber auch eine Forderung zunächst in Geld bestehen, ohne daß sie deßhalb ihrem ganzen Umfange nach bestimmt wäre. Das tritt ein, sofern es auch bei Geldforderungen geschehen kann, daß man auf den Fall der Nicht-Leistung ein Interesse berechnen, und ausser der Forderung an sich geltend machen könnte. Wer z. B. 100 fl. auf eine genau festgesetzte Zeit zu fordern, und eben diese 100 fl. einem Dritten für diese Zeit unter einer ihrem Geldwerth nach ungewissen Strafe versprochen hat, oder wer sonst irgend einen Schaden dadurch litt, der hat eine ihrem ganzen Umfang nach nicht bestimmte Forderung.

Die Forderung soll, sofern ein Pfand dafür haftet, nicht unbestimmt seyn; es muß also, wenn „ihre Größe noch unbestimmt ist, noch vor Bestellung des Unterpfands der Betrag festgesetzt werden, für welchen das Unterpfand haften soll;“ so daß das Unterpfand nicht für eine unbestimmte, sondern für eine bestimmte Forderung haftet, die, abgesehen wie hoch sie an sich ist oder seyn könnte, doch sofern das Pfand Sicherheit dafür gewähren muß, ihrem Umfange, ihrer Größe nach genau begrenzt worden ist.

Gleicher Art, wie wenn der Gegenstand der Forderung genau bekannt, aber seinem Werth nach ungewiß ist, muß die Forderung auch alsdann für unbestimmt gehalten werden, wenn sie noch gar nicht existirt, sondern ihrem Daseyn nach von einem künftigen Ereigniß abhängt. Indessen ist das auf zweifache Weise möglich.

Entweder die Forderung hängt von einer Bedingung ab, ohne ihrer Größe nach unbestimmt zu seyn. Alsdann kann sogleich für sie ein Pfand bestellt werden, dessen Wirksamkeit sich natürlich darnach richtet, ob die Bedingung eintritt. Denn das Gesetz sagt ausdrücklich, daß auch für eine solche „Forderung, deren Verwirklichung von einem ungewissen künftigen Erfolg abhängt,“ ein Pfand bestellt werden könnne; vorausgesetzt nur, daß der Betrag bestimmt sey, wofür das Pfand haften soll.

Oder die Forderung ist auch ihrer Größe nach von einem künftigen ungewissen Ereigniß abhängig. Das geschieht z. B., wenn sich ein Gesellschafter vom andern ein Pfand bestellen läßt für das, was dieser ihm einst aus der Gesellschaft und nach dem Gesellschafts-Vertrag schuldig werde; es geschieht ferner, wenn man sich von Jemanden, dem man eine gewisse Verwaltung anvertraut, für die Forderungen, welche gegen ihn aus seiner Verwaltung entstehen könnten, Sicherheit durch Unterpfand geben läßt; es geschieht auch dadurch, wenn man mit Jemanden in Geschäftsverhältnisse überhaupt tritt, die

wechselseitigen Leistungen in Rechnung bringt, und für das, was am Schlusse der Rechnung als Schuld erscheinen möchte, ein Unterpfand empfängt. Hiebei ist die Forderung selbst, so wie ihre Größe, noch völlig ungewiß. Dennoch kann man auch hier ein Unterpfand erlangen; nur muß, da die Größe der Forderung noch nicht gekannt wird, der Betrag überhaupt festgesetzt werden, wofür das Unterpfand zu haften habe.

5) Es ist zum vorhergehenden Artikel bemerkt worden, daß die Pfandbestellung nichtig sey, wenn die verpfändete Sache nicht auf irgend eine Weise, an sich selbst oder durch Beziehung auf etwas Anderes, bestimmt und besonders bezeichnet wurde. Eben so ist auch die Pfandbestellung nichtig, wenn die Forderung, als Forderung, mithin ihrem Grunde (causa debendi), so wie ihrer Summe, ihrer Größe nach bei Bestellung des Unterpfands nicht bestimmt wurde. Denn das Gesetz sagt: „sie muß bestimmt seyn." Wäre sie mithin nicht bestimmt, so könnte auch kein Unterpfand dafür bestellt werden. Wurde trotz dem eines bestellt, so muß es, eben weil es nicht bestellt werden konnte, kraftlos, und die Bestellung nichtig seyn. Es dürfte jetzt die Gelegenheit gegeben seyn, das, was wir durch Interpretation folgerten, noch auf andere Weise zu bestätigen. Sowohl rücksichtlich der besondern Bezeichnung des verpfändeten Gegenstandes als der Bestimmtheit der Summe, enthielt der den Ständen vorgelegte Gesetzes-Entwurf folgende Anordnung:

„Ein solcher wesentlicher, die rechtliche Gültigkeit des Unterpfands gänzlich oder beziehungsweise hindernder ..... Mangel findet Statt:

. . . . . .

. . . . . .

6) Wenn es an Bestimmung der zu verpfändenden einzelnen Vermögensstücke, oder an Bestim-

mung der zu versichernden Summe gänzlich gebricht [1]).

Diese Anordnung blieb, so wie alle andern auf die Nichtigkeit sich beziehenden Anordnungen, es blieb die Aufzählung der Fälle, in welchen eine Bestellung nichtig wäre, in dem Gesetze ganz weg.

Das Weglassen war aber nicht eine Folge davon, weil man in diesem oder jenem Fall keine Nichtigkeit annahm — sonst durfte man ja nur diesen Fall weglassen — noch viel weniger davon, weil man in keinem der aufgezählten Fälle eine Nichtigkeit fand — sonst müßte man auch da keine Nichtigkeit gelten lassen, wo der Eintrag nicht von der competenten Behörde und nicht in der gesetzlich nothwendigen Form vorgenommen wurde — sondern deshalb, weil man die Aufzählung der Fälle, in welchen Nichtigkeit eintreten möchte, weder für nöthig noch für nützlich hielt.

Der ständische Ausschuß spricht sich hierüber deutlich aus. Er erkennt an, daß in den angeführten Fällen eine Nichtigkeit liege; aber glaubt nicht, daß man die Fälle aufzuzählen habe. „Die Erklärung der Nichtigkeit eines Unterpfands müsse aus den Grundsätzen, die das Gesetz aufgestellt, von selbst hervorgehen [2]).

Daraus scheint nun mit Gewißheit hervorzugehen, daß man die Bestimmtheit der Summe als wesentlich für die Gültigkeit des Unterpfands ansahe, und auch die Gesetzgebung mit ihrer Anordnung den Sinn verband, daß, wo nicht ihr gemäß gehandelt, und die Summe bei der Pfandbestellung festgesetzt wurde, das Unterpfand nichtig seyn solle.

---

1) Ständ. Verh. von 1823—24. 3tes ausserord. Beil.-Heft. 1e Abthlg. S. 48. §. 166.

2) Ständ. Verh. l. c. S. 156—157. Mit ihm gleicher Meinung ist auch die ständische Commission Ständ. Verh. l. c. 2e Abthlg. S. 280.

Die Nichtigkeit des Unterpfands bei unbestimmter Summe wird endlich noch durch folgende Betrachtung dargethan. Das Gesetz verlangt den Eintrag in das öffentliche Buch, um die Gläubiger sowohl, als auch die Eigenthümer, und dritte Erwerber sicher zu stellen. Diesen Zweck zu erreichen, hat dasselbe den Eintrag näher bestimmt, und nicht blos seine Form, sondern auch das festgestellt, was eingetragen werden müsse. Macht nun das Gesetz hiebei eine Sanktion, wovon der Zweck desselben wesentlich abhängt, und ohne deren Beobachtung derselbe nicht erreicht und gar zerstört würde, so muß diese Sanktion als wesentlich angesehen werden, und das Unterpfand ohne ihre Befolgung ungültig seyn.

Zur Sicherheit der Gläubiger, so wie dritter Personen gehört es aber, sowohl den Gegenstand der Verpfändung als die Summe genau zu kennen. Kennt man den Gegenstand nicht, so weiß man auch nicht, ob bereits ein Pfand darauf lastet, und weder ein nachfolgender Gläubiger mag sich mit Sicherheit ein Pfand bestellen, noch sonst Jemand eine Sache vom Verpfänder erwerben. Kennt man die Summe nicht, so weiß auch der Pfandberechtigte nicht, mit welcher Gewißheit er auf sein Pfand zählen könne, wenn etwa ein früherer Gläubiger ein Pfandrecht mit unbestimmter Summe an derselben Sache erlangt hätte, so wenig als Jemand mit Zuverläßigkeit zu erwerben vermöchte, sobald es ihm unbekannt bliebe, um welche Summe die Sache einst in Anspruch genommen werden dürfte*).

---

*) Zur Unterstützung, wie die Gesetzgebung die Bestimmung der Summe für wesentlich hält, und in ihrem Mangel einen Grund der Nichtigkeit erblickte, mag noch Folgendes angeführt werden:

Der den Ständen vorgelegte Entwurf ist in Hinsicht der über das Verhältniß der Summe zum Pfandwerthe gegebenen Bestimmungen (§. 10.) mit unserm Gesetze ganz übereinstimmend. Abgesehen nun von der bereits ange-

Demnach müssen wir auch die Festsetzung, daß die Sache besonders bezeichnet und die Forderung der Summe

---

führten, ausdrücklichen Erklärung, welche die Regierung im §. 166. über den Sinn dieser Bestimmungen gab, und abgesehen davon, daß die Stände blos die Aufzählung der Nichtigkeitsfälle für unpassend hielten, nicht aber gegen die einzelnen aufgezählten Fälle was einzuwenden hatten, so geht ihre Uebereinstimmung mit der Regierung über den Sinn des §. 10. des Entwurfs, und über die darin ausgesprochene Nichtigkeit, wenn die Forderung der Summe nach nicht bestimmt wurde, aus den Anträgen zu §. 10. aufs Klarste hervor.

Der ständische Ausschuß war der Meinung, den §. 10. in der Art zu fassen: „der Betrag, für welchen ein Unterpfand zu haften hat, muß, wenn der Verpfänder es verlangt, bestimmt werden.“ Denn, wie sehr er auch von der Wichtigkeit der bestimmten Summe für nachfolgende Gläubiger überzeugt war, so scheint es ihm doch „abweichend von dem Entwurfe,“ als ob man die Sache der Willkühr des Verpfänders überlassen könne. (Ständ. Verh. 1823—24. 3tes ausserordentl. Beil.-Hft. 1e Abthlg. S. 4. §. 10. S. 126—127. u. 182. II. 4.)

Die von den Ständen zur Prüfung des Entwurfs niedergesetzte Commission konnte sich damit nicht vereinigen und trug auf die Bestimmung an:

„Der Betrag der Forderung, für welche ein Unterpfand bestellt wird, muß in jedem Fall bestimmt werden.“

„Es sollte nämlich bei der Vorschrift des §. 10. des Entwurfs bleiben, welcher abweichend von den Ausschußsätzen in jedem Falle eine Bestimmung der Summe, wofür Sicherheit geleistet wird, fordert.“ (Ständ. Verh. l. c. 2te Abthlg. S. 140. §. 9. und S. 295. IX.).

Die Stände nahmen den Antrag der Commission an (Ständ. Verh. 9s Heft. S. 743.). So geschah es, daß der §. 10. des Entwurfs beibehalten, und das Gesetz gleichlautend abgefaßt wurde.

Erwäge man diesen Gang genauer! Die Regierung sah, wie sie auch im §. 166. des Entwurfs ausgesprochen hatte, die Bestimmtheit der Summe für wesentlich an, und knüpfte an ihren Mangel eine Nichtigkeit, der Ausschuß

nach bestimmt seyn solle, zu den wesentlichen rechnen, und weil wir sie zu den wesentlichen rechnen, ihre Nichtachtung mit der Ungültigkeit des Unterpfands nothwendig verbinden [3]).

6) Also ein für eine unbestimmte Summe bestelltes Unterpfand ist ungültig. Die Summe muß aber natürlich zur Zeit der Bestellung bestimmt seyn. Ob sie es vorher schon war, ob sie erst bei der Bestellung bestimmt wird, gilt gleich; wenn nur nicht das Unterpfand bestellt, die Summe aber erst nachher festgesetzt wird. Das ists, was das sagt: „vor der Bestellung." Dessen Sinn ist, es dürfe der Betrag nicht erst nach der Errichtung bekannt werden, sondern das Pfand müsse ursprünglich nur für einen bestimmten Betrag errichtet werden. Wenn nun doch ein Pfand der Art bestellt, und die Summe hinterher bestimmt wird, so leidet es keinen Zweifel, daß das Pfandrecht von dem Augenblick an, wo die Summe bestimmt wird, Gültigkeit erlange. Denn in diesem Augenblick ist Alles vorhanden, was man zu einem Unterpfand erfordert. Daß der Gläubiger hier nicht einseitig handeln könne, versteht sich von selbst. Eine andere Frage ist die, ob nicht eine nachherige Bestimmung der Summe das Pfandrecht rückwärts bis zu dem Augenblick, wo es

---

wünschte eine Abänderung im §. 10. des Entwurfs, die ständische Commission aber, wie die Stände selbst, mit den Ansichten des Entwurfs einverstanden, nahmen die Bestimmtheit der Summe für ein wesentliches Requisit. Wie könnte man umhin, zu erkennen, es sey, wie der Sinn des bloßen Entwurfs, so nun der Sinn des durch die Beistimmungen der Stände zum Gesetz gewordenen Entwurfs kein anderer, als, es solle die Bestimmtheit der Summe wesentlich, und wo sie fehle, die Unterpfands-Bestellung nichtig seyn?

3) In der Hauptsache stimmt auch der ständische Ausschuß mit uns überein, wenn er gleich das, was er offenbar sagen will, unrichtig oder doch undeutlich ausdrückt. Ständ. Verh. 3tes ausserord. Beil.-Hft. 1e Abthlg. S. 157.

mit unbestimmter Summe bestellt wurde, gültig mache. Die Entscheidung der Frage hat hohe Wichtigkeit für alle die, welche in der Zwischenzeit das Eigenthum oder auch ein Pfandrecht an der verpfändeten Sache erwarben.

Daß nun unserm Gesetze das Rückziehen eines solchen mit unbestimmter Summe bestellten Pfandrechts, wenn die Summe später bestimmt wird, nicht unbekannt sey, läßt sich nach Art. 79—81. kaum bezweifeln. In welchen Fällen aber jene Rückziehung eintreten könne, das werden wir schicklicher weiter unten bei der Erörterung der angeführten Artikel sehen.

Hier stehe nur die Bemerkung, daß zwischen der Unterlassung, die verpfändete Sache besonders zu bezeichnen, und die Summe zu bestimmen, ein wesentlicher Unterschied Statt finde. Wir haben so eben gesehen, daß es, wenn die Summe nachher bestimmt werde, gewiß Verhältnisse gebe, in welchen das Pfandrecht rückwärts Kraft erlangt.

Nicht also, wenn die Sache nicht besonders bezeichnet wurde. Auch dabei ist die Verpfändung ungültig; aber auch dabei müssen wir zugestehen, daß, so die Sache später bezeichnet würde, das Pfandrecht wirksam werde. Denn erfolgte die besondere Bezeichnung, so sind ja auch alle Requisite der Pfandbestellung vorhanden. Allein hier wird das Pfandrecht nie zurückgezogen. Denn die nothwendige Bedingung alles Zurückziehens ist, daß das Pfandrecht auf ein bestimmtes Vermögensstück bestellt sey. Man kann ein Pfandrecht vorläufig bestellen, vormerken lassen, so die definitive Bestellung wegen irgend eines Mangels, einer erforderlichen Ergänzung noch nicht thunlich wäre; und das Pfandrecht wird zurückgezogen, wenn der Mangel gehoben, die Ergänzung eingetreten ist. Allein die unerläßliche Voraussetzung bleibt immer die Bestellung auf einen bestimmten, d. h. besonders bezeichneten Gegenstand (Art. 80.). Wo der Gegenstand nicht bestimmt, nicht besonders bezeichnet wurde, da gibt

es keine Zurückziehung, weil das Gesetz bei vorläufigen Pfandbestellungen die Bestimmtheit der Sache für die Zurückziehung nothwendig erfordert *).

---

*) Diese Sanktion unsers Gesetzes, wodurch zwischen dem Gegenstand der Verpfändung und der Summe eine Unterscheidung aufgestellt wird, und bei der letztern eine auf die Unterpfands-Bestellung folgende Bestimmung der Summe das Pfandrecht rückwärts gültig machen kann, nicht aber bei dem ersten eine nachher vorgenommene besondere Bezeichnung, läßt sich aus ganz vernünftigen Gründen rechtfertigen.

Wird der Gegenstand des Pfandes bei der Bestellung nicht besonders bezeichnet, so ist für jeden nachfolgenden Pfandgläubiger oder dritten Erwerber an gar keine Sicherheit zu denken. Denn welche Sache der Erstere sich zum Unterpfand geben läßt, oder der Letztere an sich bringt; so kann Keiner von Beiden wissen, ob nicht gerade diese Sache später als Gegenstand des Pfandrechts besonders bezeichnet würde.

Hätte mithin das früher ohne besondere Bezeichnung bestellte Pfand von dem Augenblicke der frühern Bestellung an pfandrechtliche Kraft, so würde der spätere Pfandgläubiger und Erwerber um ihre Sicherheit und ihren Erwerb betrogen. Wollten sie sicher seyn, so dürften sie kein Pfandrecht und kein Eigenthum erwerben. Da hätten wir dann wieder das Uebel und die Mängel unsers bisherigen Rechts, die nur um so stärker gefühlt würden, je mehr denselben durch das neue Gesetz vorgebeugt werden sollte.

Daher mußte das Gesetz jedes Zurückziehen untersagen, und dafür sorgen, daß Sicherheit des Gläubigers und dritter Personen, sein Hauptzweck, in diesem Punkte nicht verfehlt würde.

Ganz anders ist es bei einer Forderung, die erst nach der Pfandes-Bestellung auf eine bestimmte Summe gebracht wird. Denn da sie nur alsdann zurückgezogen wird, wenn ein besonders versichertes Gut verpfändet wird, so ist eigentlich nur dieses Gut einer spätern Verpfändung entnommen, welche natürlich, bevor die Summe bestimmt ist, auch wenig Sicherheit gewährte. Alle übrigen Güter des Verpfänders sind aber noch für jede Verpfändung, wie

7) Die Summe muß bestimmt seyn, heißt indessen nicht, sie müsse in Zahlen ausgedrückt seyn, so wenig als die besondere Bezeichnung und Bestimmung des verpfändeten Gegenstandes nothwendig eine genaue, durchgehende Beschreibung vorausgesetzt. Ist die Bezeichnung nur von der Art, daß man weiß, und erkennen kann, was verpfändet wurde, so genügt sie dem Gesetze. Eben so genügt es bei der Forderung, wenn man ihre Größe kennt, wäre dieselbe auch nicht gerade mit Zahlen ausgedrückt. Sie könnte beziehungsweise gegeben seyn; so sie nur bestimmt ist, und man ihre Größe erkennen mag, so ist die Pfandbestellung gültig.

8) Noch müssen wir davon sprechen, wenn die Forderung theilweise bestimmt ist. Hiebei unterscheide man:

a) Die Forderung ist eine alternative, wovon nur das Eine Glied bestimmt erscheint, während das andere keine Begrenzung empfing. Wer z. B. eine Sache, oder eine Summe Gelds zu leisten hat, der hat eine theils bestimmte, theils unbestimmte Verbindlichkeit zu erfüllen. Seinem Gläubiger steht eben so eine der Summe nach theils bestimmte theils unbestimmte Forderung zu. Was von Beiden geleistet wird, das tilgt die Forderung, die in dem Bestimmten nicht weniger besteht, als in dem Unbestimmten. Wird nun für eine solche Forderung ein Pfand bestellt, so können wir allerdings Bedenken haben, welchen Theil wir als die Forderung betrachten wollen, den bestimmten oder den unbestimmten.

Indessen wird dieses Bedenken alsdann verschwinden, wenn die bestimmte Summe auf den Fall der Nichtleistung der Sache, oder dem Schuldner die Wahl zugesagt ist. Denn die alternative Forderung kann hier die in dem einen Glied derselben ausgedrückte Summe nie über-

---

für jeden Erwerb, zugänglich. Die Unsicherheit ist mithin nicht so allgemein, als wenn die besondere Bezeichnung fehlte. (Man sehe noch den Commentar zu Art. 79—81.)

steigen. Entweder leistet der Schuldner die Sache; und dann hat die Forderung ihre Genüge; oder er leistet die Sache nicht, dann darf er ja doch auch nicht mehr als die bestimmte Summe, das andere Glied der Verbindlichkeit entrichten 4). Mithin ist, zuletzt genommen, die Summe immer das Glied der Forderung, welches durch das Pfand zu realisiren ist, oder das Pfand haftet zuletzt immer nur für die Summe, und diese ist bestimmt, mithin das Pfand auch gültig.

Kommt hingegen das Wahlrecht dem Gläubiger zu, so hat er entweder bei der Bestellung des Pfandes bereits gewählt oder nicht. Traf in jenem Fall seine Wahl die bestimmte Summe, so ist nur diese noch Gegenstand der Forderung, und das Pfandrecht hat volle Kraft; wählte er aber die Sache, so muß, weil hier auch nur diese allein noch gefordert werden kann, eine bestimmte Summe festgesetzt werden, wofür das Pfand haften soll. So wenig der Gläubiger die einmal getroffene Wahl abändern darf, so wenig ist seine Forderung, wenn die Sache nicht geleistet wird, auf die ursprünglich alternativ mit in der Forderung gelegene bestimmte Summe beschränkt 5). Also blos die Sache ist Gegenstand der Forderung (eo morto quem petitor elegit, tunc.... perinde solus ille, qui decessit, praebetur, ac si solus in obligationem deductus fuisset), und also muß auch eine bestimmte Summe festgesetzt werden, wofür das Pfand zu haften habe, weil man sonst das Verhältniß der Forderung zum Pfandwerthe nicht erkennen würde.

Da, wo der Gläubiger bei Bestellung des Pfandes noch nicht gewählt hat, weiß man eigentlich nicht, wo-

---

4) l. 13. §. 2. D. de reb. dub. (34, 5.) l. 8. D. de V. O. (45, 1.) l. 109, §. 1. D. de leg. I.

5) l. 95. D. de solut. (46, 3.) l. 11. §. 1. D. de leg. II. l. 20. D. de opt. leg. (33, 5.) l. 112. l. 138. §. 1. D. de V. O. (45, 1.) l. 95. pr. D. de solut. (46, 3.)

rin die Forderung bestehe. Denn sofern er später die Sache anspräche, würde die Forderung allein darauf gerichtet seyn, wie wenn nie eine Alternation vorhanden gewesen wäre. Die bestimmte Summe, der andere Theil der Alternation, könnte nicht zuletzt allein für den Gegenstand der Forderung gehalten werden, sondern es müßte, sobald der Gläubiger die Sache gewählt hat, seine Forderung sich auf diese Sache, und wenn sie nicht geleistet würde, auf ihren Werth und das ganze Interesse erstrecken. So lange aber die Möglichkeit gegeben ist, daß der Gläubiger die Sache wählt, so lange man folglich auch nicht anzugeben vermag, worin die Forderung bestehe, ob in der bestimmten Summe, oder in der Sache und deren Werth ꝛc., so lange kann man auch die Forderung nicht als eine bestimmte, und ihr Verhältniß zum Pfandeswerth nicht als festgestellt ansehen. Wir haben demnach die Ansicht, daß ein für eine alternative Forderung bestelltes Pfand, selbst wenn das eine Glied derselben auf eine bestimmte Summe, z. B. 100 fl., gienge, dennoch ungültig sey, sofern dem Pfandgläubiger die Wahl zusteht, und derselbe bei der Verpfändung noch nicht gewählt hat.

b) Eine Forderung könnte auch in der Art der Summe nach bestimmt und unbestimmt seyn, daß Beides, das Bestimmte und das Unbestimmte zugleich in derselben enthalten wäre, ihren Gegenstand ausmachte.

Für diesen Fall zweifeln wir gar nicht, daß das Pfandrecht theilweise für das hafte, was in der Forderung der Summe nach bestimmt ist; für das andere nur dann, wenn eine bestimmte Summe festgesetzt wurde, wofür es neben dem, was ursprünglich schon der Summe nach bestimmt war, haften soll. Ausserdem ist die Pfandbestellung für diesen unbestellten Theil der Forderung ungültig.

Man sage aber nicht, das Pfandrecht müsse auch für den bestimmten Theil ungültig seyn, weil es für die

ganze Forderung bestellt wurde, in dieser aber sich eine Unbestimmtheit finde, also die ganze Forderung unbestimmt, und eben damit auch die Pfandbestellung nichtig sey. Denn es ist allenthalben Regel, daß man das gesetzlich Gültige da aufrecht erhalten müsse, wo man es für sich allein, indem man das gesetzlich Ungültige davon trennt, aufrecht erhalten kann. Auf die Art werden die Zusage verbotener Zinse nur bis auf das erlaubte Maas, Geschäfte zwischen Mann und Frau, nur in so weit als sie Schenkungen enthalten, und Schenkungen ohne Insinuation nur bis auf die gesetzlich vorgeschriebene Größe ungültig [6]). Bei der Pfandbestellung läßt sich aber das Geschäft recht gut trennen, und der bestimmte Theil der Forderung absondern von dem unbestimmten. Dem gemäß muß auch die Verpfändung für den bestimmten Theil als gültig erkannt werden.

Fassen wir den so eben abgehandelten Artikel noch einmal ins Aug, so zeigt sich, daß durch denselben in unserm bisherigen Rechtssysteme keine geringere Veränderung als durch den vorhergehenden gemacht worden ist.

Wie man allgemeine Pfandrechte errichten konnte, und den Gegenstand des Unterpfands nicht besonders zu bezeichnen brauchte, so konnte man auch für eine zur Zeit der Bestellung noch unbestimmte Forderung ein Pfandrecht bestellen.

Die bisherigen Gesetze nahmen keine Rücksicht darauf, ob die eigentliche Forderung bestimmt war, ihrer Größe nach von einem ungewissen künftigen Erfolg abhing, die Ansprüche des Gegners in seinem Interesse bestanden, daß irgend etwas zu einer gewissen Zeit geschehe auch nicht geschehe, geleistet auch nicht geleistet werden würde. Sie verlangten nie und nirgends, daß bei einer solchen Verpfändung eine bestimmte Summe festgesetzt würde, wofür das Pfand zu haften habe.

---

6) l. 29. D. de usur. (22, 1.) l. 31. §. 3. D. de don. inter vir. et uxor. l. 36. §. 3. C. de don (8, 54.)

Jetzt ist das Alles anders. Es gibt kein Unterpfand mehr ohne eine bestimmte Summe. Mag man das Unterpfand dafür bestellen, daß uns etwas gethan, geleistet, oder daß einem Andern etwas gethan, geleistet, auch nicht gethan, nicht geleistet würde; mag es für eine schon entstandene Forderung bestellt werden, oder für eine, die erst entstehen soll, und die, ihrer Existenz wie ihrer Größe nach, erst in der Zukunft beurtheilt werden kann: immerhin hängt die Gültigkeit des auf einer besonders bezeichneten Sache errichteten Pfandrechts davon ab, daß die Forderung der Summe noch vor der Verpfändung bestimmt sey, oder bei der Verpfändung bestimmt werde.

Schätzung.

Art. 12.

Der Werth des Unterpfands ist in der Regel von der Obrigkeit durch gewissenhafte Schätzung zu bestimmen.

Wenn jedoch die Betheiligten über die Feststellung des Werths des Pfandes sich vereinigen, oder von einer Schätzung ausdrücklich abstehen; so kann diese unterbleiben. Daß das Eine oder das Andere geschehen, ist in dem Unterpfandbuche zu bemerken.

Verhältniß des Pfandwerths zum Betrage der Forderung.

Art. 13.

Wird mit Begründung des Rechts auf Bestellung eines Unterpfands zugleich der Gegenstand bezeichnet, welcher verpfändet welcher soll; oder ist das Verhältniß des Pfandwerths zum Betrage der Forderung durch Uebereinkunft bestimmt; so hat es hiebei sein Bewenden.

Ist dagegen eine solche Norm nicht gegeben, und somit die Verbindlichkeit zur Unterpfands-Bestellung nur im Allgemeinen festgesetzt; so kann der Gläubiger verlangen, daß der Schätzungswerth des ihm zu gewährenden Unterpfands nicht unter dem anderthalbfachen Betrage der Forderung stehe.

Der gesetzliche Pfandrechts-Titel der Ehefrau und der Kinder begründet jedoch nur einen Anspruch auf Sicherheit in dem einfachen Betrage der Forderung.

Pfandschein.

Art. 14.

Eine vorgängige schriftliche Uebereinkunft wegen Bestellung eines Unterpfands ist nicht erforderlich.

Unter welcher Voraussetzung dagegen nach der Eintragung der Unterpfänder in das Unterpfandbuch die Behörde für die Ausfertigung eines Pfandscheins, mag derselbe mit der Schuldverschreibung verbunden werden, oder auf einen Auszug aus dem Unterpfandsbuche sich beschränken, zu sorgen habe, ist im Art. 191. näher bestimmt.

Die Ausstellung eines solchen Pfandscheins wird jedoch zur Gültigkeit des Unterpfands in keinem Fall erfordert.

---

1) Bei aller Bestimmtheit der Summe, und auch die besondere Bezeichnung des verpfändeten Guts vorausgesetzt, würde democh das Verhältniß der Forderung zum Pfandwerthe nicht ganz bestimmt seyn, wenn man die verpfändete Sache nicht schätzte, d. h. ihren Werth festsetzte. Denn man wüßte zwar die Größe der Forderung, aber man wüßte nicht, in wie weit das Unterpfand dadurch bestrickt sey, weil man nicht wüßte, in wie fern sein Werth der Forderung gleich käme oder sie auch überträfe.

Es bleibt aber auch hier wichtig, den Werth des Pfandes so viel möglich zu kennen, weil ohne Angabe dieses Werthes „das Verhältniß, in welchem der Werth des Unterpfands gegen die sicher zu stellende Forderung steht, gar nicht geprüft werden [1])“ könnte.

Das Gesetz sagt, „der Werth des Unterpfands müsse in der Regel durch Schätzung bestimmt werden.“ Daß die Schätzung von der Obrigkeit „gewissenhaft“ gemacht werde, ist ein so sehr natürliches Erforderniß, und liegt schon von selbst in ihrer Verpflichtung, zu schätzen, daß

---

1) Ständ. Verh. l. c. 2te Abthlg. S. 240. §. 9.

man die ausdrückliche Anordnung eines „gewissenhaften" Anschlags mit dem Gesetzes-Entwurf vermeiden, aber auch mit der ständischen Commission und den Ständen unbedingt aufnehmen konnte [1]).

2) Der Zusatz „in der Regel" ist nicht ohne Bedeutung. Das Gesetz kennt zwei Fälle, in welchen die Schätzung unterbleiben kann, wenn die Parthien sich über den Werth vereinigen oder von der Schätzung ausdrücklich abstehen. Es will mithin nicht, daß die Schätzung überhaupt an den Willen der Parthien geknüpft seye, sondern nur ihr Unterbleiben. Soll sie nicht vorgenommen werden, so müssen die Parthien entweder selbst einen Werth festsetzen, oder ausdrücklich abstehen; erklären sie sich nicht, so muß eine Schätzung vorgenommen werden. Die Schätzung hängt folglich negativ aber nicht positiv von dem Willen der Parthien ab.

Sie unterbleibt, wenn die Parthien sich über den Werth des Gegenstands vereinigen. Ob dieser Werth der wahre Werth der Sache ist, ob er ihn übertrifft, oder hinter ihm zurückbleibt, das bringt keinen Unterschied hervor. Denn das Gesetz erklärt allgemein die Schätzung für überflüssig, sofern die Theilnehmenden sich über den Werth vereinigen, ohne auch nur irgend eine Beschränkung anzuhängen. Natürlicher Weise konnte es diese auch nicht anhängen; denn da die Parthien durch eine ausdrückliche Erklärung von der Schätzung abstehen können, so muß es ihnen auch gestattet seyn, den Werth des Pfandes beliebig zu bestimmen. Zum Stärksten enthielt ein dem Werthe der Sache durchaus nicht entsprechender, verabredeter Werth keine wahre oder gar keine Schätzung; aber in sofern der Mangel der Schätzung in der Verabredung der Parthien seinen Grund hat, ist es

---

1) Ständ. Verh. l. c. 1e Abthlg. S. 6. §. 18. 2e Abthlg. S. 317. u. 404.

nicht minder anzuschlagen, als ob dieselben verabredet hätten, es solle keine Schätzung gemacht werden*).

Wir haben oben behauptet, daß es wichtig sey, den Werth des Pfandes zu kennen. Wer sich ein Pfand bestellen läßt, der soll über das Maaß seiner Sicherheit völlige Gewißheit haben; er erlangt sie, wenn er durch die obrigkeitliche Schätzung den Werth des Unterpfands erfährt. Nur in so weit er selbst sich mit einem mehr oder minder bestimmten Maaß von Sicherheit begnügt, mag die Schätzung wegfallen. Natürlich, da man ihm ein größeres Maaß von Sicherheit, als ihm selbst ge-

---

*) Eine ganz andere Frage ist freilich die, in wie fern eine unter den Parthien verabredete Schätzung ihre Gültigkeit habe. Wohl läßt es sich denken, daß der Gläubiger namentlich eine solche Schätzung aus irgend einem Grunde anfechten, und während er sich früher mit dem zur Verpfändung bestimmten Gegenstand begnügen wollte, nun je nach den Umständen noch andere Gegenstände zur Verpfändung verlangen könne. Eine Verabredung des Gläubigers und Verpfänders über den Werth des Unterpfands ist nach den allgemeinen Grundsätzen von Verträgen überhaupt zu beurtheilen, ihr Werth oder Unwerth hat aber auf die obrigkeitliche Schätzung und ihre Unterlassung zunächst keinen Einfluß.

Erklären die Parthien, sie haben sich über den Werth des Unterpfands verstanden, so darf die Obrigkeit die Schätzung übergehen, ohne vorher zu untersuchen, ob jene Uebereinkunft rechtliche Gültigkeit habe.

Wenn dann später darüber Streit entsteht, in wie weit sie gültig, und der Gläubiger behauptete, er habe unter der Voraussetzung, daß die frühere Schätzung richtig sey, sich mit dem bestellten Unterpfand begnügt, jetzt aber, wo er sich eines Bessern überzeugte, verlange er, es solle ihm ohne Rücksicht auf die früher verabredete Schätzung noch durch andere Pfänder Sicherheit gegeben werden, so ist das eine Sache, die sich einzig zwischen Gläubiger und Verpfänder verhandelt, die aber rückwärts auf die unterlassene Schätzung und die Verantwortlichkeit der Behörde keinen Einfluß übt.

nehm ist, nicht wohl aufdringen kann. Vereinigt er sich also mit dem Verpfänder über den Werth des Pfandes, oder entsagt er, in Uebereinstimmung mit ihm, der Bestimmung des Werthes, so scheint dem Gesetz keine Ursache mehr vorhanden zu seyn für die Nothwendigkeit der Schätzung. Um den nachfolgenden Gläubiger ist es hier weniger bekümmert; konnte es auch weniger seyn. Er mag nur, wenn er selbst ein Pfand erlangen will, das bereits bestellte Unterpfand schätzen lassen; und da die Forderungen bestimmt sind, dadurch das Maaß seiner Sicherheit vollständig kennen lernen. Mit dem Werthe des Unterpfands ist es ganz anders, als mit der Forderung. Wo die letztere nicht bestimmt ist, da steht es nicht in dem Willen eines Nach-Gläubigers die Bestimmtheit zu erlangen; weil weder ihm, noch der Obrigkeit, noch dem Verpfänder allein eine solche Festsetzung ohne den frühern Gläubiger zukommt. Das Unterpfand aber kann der Nach-Gläubiger schätzen lassen, indem man allenthalben schätzen muß, wenn die Parthien die Schätzung nicht überflüssig machen.

3) In der Regel, und wenn die Parthien nicht selbst über den Werth übereinkommen, oder der Pfandberechtigte auf die Schätzung verzichtet, hat die Obrigkeit die Verpflichtung, das Unterpfand zu schätzen.

Wie nun, wenn sie dieser Verpflichtung nicht nachkommt? Sollte die Pfandbestellung ähnlich dem Fall, wo die Summe nicht bestimmt, oder die Sache nicht besonders bezeichnet wurde, auch alsdann nichtig seyn, wenn die Obrigkeit, ohne daß der Pfandberechtigte ihr entsagte, die Schätzung unterließ? Wir glauben es nicht.

Einmal hat das Gesetz selbst, indem es dem Willen der Parthien anheim gab, ob sie über den Werth sich verständigen, oder auf die Schätzung verzichten, und so dieselbe unnöthig machen wollen, deutlich erklärt, daß es

die Schätzung nicht für wesentliches Erforderniß zur Gültigkeit des Pfandrechts betracht'. So wenig es von den Parthien abhängt, ob sie ein Pfandrecht auf einen bestimmten Gegenstand, oder für eine bestimmte Summe errichten wollen, weil Beides wesentlich zur Gültigkeit der Pfandbestellung gehört, eben so wenig würde, wäre sie wesentlich, und führte ihre Unterlassung die Nichtigkeit nach, es von denselben abhängen können, ob eine Schätzung vorgenommen werden soll.

Sodann hat das Gesetz die Schätzung im Interesse des Pfandberechtigten, nicht aber im Interesse nachfolgender Gläubiger oder dritter Personen angeordnet. Dieser Sorgfalt würde es aber ganz widersprechend seyn, wenn man da, wo die Schätzung unterblieb, das ganze Pfandrecht für ungültig erklärte. Der Pfandberechtigte kann auf die Schätzung verzichten; wenn er nun nicht verzichtet, und die Obrigkeit ihre Obliegenheit nicht erfüllt, so enthielte es einen Widerspruch, ihm auf der einen Seite die Schätzung frei zu stellen, auf der andern aber, wenn er nicht verzichtet, ihn seines Pfandrechts zu berauben, und in eine schlimmere Lage zu bringen, als die ist, in welche er durch seinen eigenen Willen kommen könnte.

Man stoße sich auch nicht daran, daß die Gesetze für den Fall, wo die Parthien über den Werth übereinkamen, oder der Pfandberechtigte auf die Schätzung verzichtete, das Eine oder das Andere in das Unterpfandsbuch einzutragen gebieten. Denn diese Bestimmung setzt nicht fest, es solle umgekehrt, wo Keines von Beiden eingetragen, und doch keine Schätzung vorgenommen wurde, das Pfandrecht ungültig seyn. Zunächst ist der Eintrag blos dazu angeordnet, damit man aus dem Unterpfandsbuch ersehe, ob die Schätzung mit dem Willen der Parthien unterblieb. Unterblieb sie, und die Parthien waren nicht damit einverstanden; dafür hat das Gesetz dadurch, daß es den Eintrag des Verzichts, oder des Uebereinkommnisses

anordnet, keine Ungültigkeit des Rechts angeordnet. Diese Festsetzung müßte man erst hineintragen, um sie alsdann herausfolgern zu können *).

4) Ist ein ohne Schätzung der Obrigkeit bestelltes Pfand auch alsdann nicht ungültig, wenn die Parthien durch Vereinigung oder Verzicht dieselbe nicht überflüssig machten; so hat doch die Obrigkeit ihrer Verpflichtung entgegen gehandelt. Das Gesetz führt die Schätzung der Obrigkeit zum Vortheile des Pfandberechtigten ein, und erläßt sie blos, wenn er selbst darauf durch eine freiwillige, vertragsmäßige Schätzung oder mit ausdrücklichen Worten verzichtet. Ihm muß auch die pflichtwidrig handelnde Obrigkeit verantwortlich seyn.

Wie leicht kann ein Gläubiger auf den Gedanken kommen, ein gewisses verpfändetes Gut gebe ihm die gesetzliche Sicherheit, weil es die Obrigkeit nicht einmal für nöthig halte, ihn durch Schätzung davon zu überzeugen! Wenn nun hintendrein das Gut weniger werth erscheint, und der Gläubiger dadurch Schaden leidet, so kann die Obrigkeit demselben nicht entgegenhalten, er hätte sich besser umsehen, er hätte eine Schätzung verlangen sollen; sondern sie bleibt ihm im äussersten Fall für seinen Schaden immer verantwortlich. Denn das Gesetz will nicht, daß der Pfandberechtigte sich erkundige, ob ihm der Werth des verpfändeten Gegenstands zur Sicherheit genüge, es will nicht, daß die Schätzung blos alsdann vor sich gehe, so er sie wünscht: es will vielmehr, daß die Obrigkeit jedesmal und in der Regel schätze, wo sie nicht anders durch den Willen der Parthien der Schätzung überhoben wurde.

Die Obrigkeit soll in der Regel das verpfändete Gut schätzen; das heißt nicht, es reiche hin, wenn sie nur geschätzt habe. Sie muß noch ausserdem die Schätzung in des Unterpfandsbuch eintragen.

---

*) Man sehe noch unten Nr. 6)

Die Nothwendigkeit des Eintrags der Schätzung geht schon aus ihrem Zweck hervor. Durch sie soll der Gläubiger, der nicht darauf verzichtet, über das Maaß seiner Sicherheit gewiß werden. Die Gewißheit erlangt er freilich durch die Schätzung, auch wo sie nicht eingetragen würde. Doch wie? wenn die Schätzung unrichtig, er verletzt würde, und die Obrigkeit ihre Pflicht vernachläßigt hätte? Wäre die Schätzung nicht eingetragen, so müßte der Gläubiger, sobald sie bestritten würde, den Beweis derselben führen. Abgesehen davon, daß dieser oft schwierig, selten wohl anders als durch ein Vertrauen auf die Religiosität der Gegner, durch den Eid geführt werden könnte, so würde vielleicht in einzelnen Fällen nicht einmal dieses Beweismittel zum Ziele führen. Der Gläubiger soll aber des Maaßes seiner Sicherheit, und sofern er durch Schuld der Obrigkeit sich darin täuschte und beschädigt wurde, auch seines Regresses gewiß seyn. Denn er ist nur seiner Sicherheit gewiß, wo er auch des Regresses gewiß ist. Sonst wird er selten der Ueberzeugung von Sicherheit trauen dürfen. Die Obrigkeit, welche ohne Eintrag der Schätzung den Regreß erschweren könnte, würde sich bei der Schätzung auch leichter der Gewissenhaftigkeit entschlagen. Weil aber der Gläubiger des Maaßes seiner Sicherheit gewiß werden soll, hauptsächlich dadurch, daß er weiß, die Obrigkeit bleibe ihm wegen der Schätzung verantwortlich, so darf auch diese Verantwortlichkeit auf keine Weise erschwert werden.

Die Nothwendigkeit des Eintrags folgt aber ferner aus der Bestimmung des Gesetzes, daß im Unterpfandsbuche bemerkt werden müsse, ob die Schätzung wegen des Verzichts des Pfandberechtigten, oder wegen der Uebereinkunft der Partheien unterblieben sey. Muß sogar der Grund eingetragen werden, aus dem die Schätzung unterblieb, so muß noch mehr die Schätzung selbst im Unterpfandsbuche bemerkt werden. Wenn der Grund der un-

terlassenen Schätzung eingetragen werden soll, so muß natürlich vorausgesetzt seyn, man habe in der Regel bei jeder Verpfändung im Unterpfandsbuche eine obrigkeitliche Schätzung zu suchen und zu finden; und eben weil man sie in der Regel darin finde, solle man auch den Grund darin finden, weßhalb sie ausnahmsweise nicht vorhanden sey.

Die Nothwendigkeit des Eintrags wird endlich durch die Geschichte der Entstehung unsers Gesetzes aufs Vollständigste bekräftigt.

In dem Gesetzes-Entwurfe, welcher den Ständen vorgelegt worden war, hieß es:

„Bei der Unterpfandsbestellung findet ..... insonderheit in folgenden Fällen ein weiterer Eintrag Statt:

. . . . . .

. . . . . .

4) In dem Falle, wenn der Werth des Unterpfands bestimmt wird, ist die Schätzungssumme im entgegengesetzten Fall die Ursache einzutragen, aus welcher eine Schätzung als überflüssig erscheint."

Die ständische Commission, und auf ihren Antrag die Stände waren mit dieser Bestimmung durchaus einverstanden, indem auch sie bei der Zusammenstellung der verschiedenartigen Einträge „den Schätzungswerth der verpfändeten Objecte" aufführen, „so ferne, nicht zu Folge der gesetzlichen Bestimmungen die Schätzung unterbleiben kann *)."

Hieraus ersieht man, daß Regierung wie Stände über den Eintrag des durch obrigkeitliche Schätzung bestimmten Pfandwerths gleicher Ansicht waren. Wenn nun denn auch in unserem Gesetze eine ausdrückliche Be-

*) Ständ. Verh. von 1823—24. 3tes ausserordentl. Vell.-Hft. 1e Abthlg. S. 38. §. 132. Nr. 4. 2te Abthlg. S. 316. 403. u. 447.

stimmung der Art, wie sie im Entwurf enthalten, oder von den Ständen vorgeschlagen war, nicht zu finden ist, wenigstens in sofern nicht, als der Art. 12. nur von einem Eintrag der Gründe, aus welchen die Schätzung unterblieb, ausdrücklich redet; so beweist das gerade, daß man ein ausdrückliches Wort für überflüssig hielt *).

5) Wird keine Schätzung vorgenommen, weil die Parthien mit einander über den Werth des verpfändeten Gegenstandes übereinkamen, oder der Pfandberechtigte auf die Schätzung verzichtete, so muß „das Eine oder das Andere im Unterpfandsbuche bemerkt werden.“

Im Falle des Verzichts genügt, und muß es natürlich genügen, wenn blos eingetragen wird, daß der Gläubiger auf die Schätzung verzichtet habe. Aber auch in dem Fall, wo er sich mit dem Verpfänder über den Werth des Unterpfands vertrug, ist die einfache Bemerkung hinreichend, die Parthien hätten sich über den Werth vereinigt, und deßhalb sey die obrigkeitliche Schätzung unterblieben. Der verabredete Werth braucht nicht eingetragen zu werden. Man will blos aus dem Unterpfandsbuche ersehen, weßhalb die Obrigkeit keine Schätzung vornahm; für die Obrigkeit ist aber die Vereinigung der Parthien hinreichend, um die Schätzung zu unterlassen. So wenig die Parthien selbst verbunden sind, oder angehalten werden können, die Obrigkeit mit dem vertragenen Werth bekannt zu machen, da die Größe des angenommenen Werths von ihrer Willkühr abhängt, — so wenig hat

---

*) An sich klar ist es aber, daß die Obrigkeit, sollte sie den Eintrag des von ihr erschätzten Pfandwerths unterlassen, gegen ihre Verpflichtung handelt, obgleich der unterlassene Eintrag der Gültigkeit des Pfandrechts nicht im Wege steht, da sogar die unterlassene Schätzung selbst keinen Einfluß auf dieselbe hat, und der unterlassene Eintrag höchstens auf eine unterlassene Schätzung schließen ließe, und in keinem Fall schlimmer, als sie angesehen werden dürfte.

diese eine Verpflichtung, den von den Parthien bestimmten Werth einzutragen. Es reicht für die Unterlassung des Schätzens hin, wenn die Parthien erklären: wir bedürfen ihrer nicht, weil wir uns vereinigt haben; und eben so reicht es hin, wenn die Obrigkeit in dem Unterpfandsbuch einfach bemerkt: sie habe die Schätzung unterlassen, weil sich die Parthien über den Werth vereinigt haben.

Die Obrigkeit soll die eine oder die andere Ursache, aus welcher die Schätzung nicht gemacht wurde, eintragen. Versäumt sie diesen Eintrag, so schadet es der Gültigkeit des Pfandes so wenig als die unterlassene Schätzung selbst; wenn gleich die Obrigkeit durch diese Versäumniß ihre Pflicht verletzt, und größere Verantlichkeit auf sich ladet *).

6) Hat die Obrigkeit den Gegenstand des Unterpfands geschätzt, so hängt die Sicherheit des Gläubigers noch von dem Verhältniß seiner Forderung zum Werthe des Pfandes ab. Je nachdem der Pfandwerth die Größe der Forderung mehr oder weniger übersteigt, um so mehr oder weniger ist der Pfandberechtigte seiner Ansprüche halber gesichert.

Wie groß hier aber das Maaß der Sicherheit seyn müße, das wird vernünftiger Weise zunächst dem Gläubiger anheim gegeben. Will er sich, gleichviel warum, mit einem geringern Maaße begnügen, so ist kein Grund vorhanden, ihm ein stärkeres aufzudringen.

Nicht weniger muß es der Verpfänder am Besten wissen, welches Maaß er gewähren könne; und wenn er entschlossen wäre, ein ungewöhnlich großes Maaß zu ge-

---

*) Indessen werden wir die Verantwortlichkeit der Behörde, im Fall sie die Schätzung, deren Eintrag, oder den Eintrag der Unterlassungsgründe versäumt, ihre Pflichten in Rücksicht der Schätzung, und ihre Verantwortlichkeit, wenn sie dieselben verletzt, weiter unten (zu den Art. 184. u. 224.) näher kennen lernen.

währen, so ist auch hiebei kein Grund vorhanden, ihn mit Nothwendigkeit auf ein geringeres zu beschränken. Das haben die Stände gefühlt, indem sie den Vorschlag zu einer Grenzbestimmung, bis wohin der Pfandwerth die Forderung übersteigen dürfe, ablehnten [3]).

Daher hat auch das Gesetz die Bestimmung, wie sich der Pfandwerth zur Forderung verhalten solle, ganz in den Willen der Parthien gelegt. Haben diese „das Verhältniß des Pfandwerths zur Forderung durch Uebereinkunft bestimmt, so hat es dabei sein Bewenden." Die erste Norm für die Entscheidung über die Größe des Pfandwerthes ist und bleibt die Uebereinkunft der Parthien.

Der Uebereinkunft ganz ähnlich ist es, wenn der Gegenstand der Verpfändung zwischen dem Verpfänder und dem Pfandberechtigten ohne weitere Bedingung festgesetzt wurde. Sey es nun, daß das Unterpfand blos eine einzige Sache, sey's, daß es mehrere in sich begreift; wie das Objekt der Verpfändung ohne weiteres bestimmt wurde, so kommt auf dessen Werth, und das Verhältniß zur Forderung nichts mehr an. Denn da der Voraussetzung nach der Gläubiger gerade die bestimmte Sache, und nur sie als Gegenstand der Verpfändung ansprechen kann, da er mithin, wie auch deren Werth sey, zunächst keine Vermehrung der Pfandgegenstände verlangen kann, so ist auch das Verhältniß ihres Werths zur Forderung gleichgültig. Der Gläubiger hat sich einmal, indem er den Gegenstand der Verpfändung feststellte, stillschweigend mit dessen Werth begnügt, er hat sich gleichsam stillschweigend mit dem Verpfänder über den Pfandwerth in Rücksicht auf die Forderung verständigt, und dabei hat es, und muß es „sein Bewenden" haben. Leicht mag es geschehen, daß dieser Gegenstand nicht einmal der Forderung im Werthe gleichkommt; dennoch darf der Gläubi-

3) Ständ. Verh. von 1823—24. 10s Hft. S. 852—853.

ger keinen größern Pfandwerth fordern, weil er ja nur die Verpfändung des bestimmten Gegenstandes fordern kann.

Doch nicht blos, wenn durch Uebereinkunft der Gegenstand des Pfandes bestimmt wird, sondern auch, wenn er es durch das Gesetz ist, hat es dabei sein Bewenden, ohne daß auf das Verhältniß seines Werths zur Forderung etwas ankäme. Denn die Anordnung ist allgemein und trifft alle Fälle, wo der Gegenstand bestimmt ist. Ohnehin kann der Gläubiger auch da, wo ihn das Gesetz zwar zu einer Verpfändung berechtigt, dabei aber auf eine oder mehrere bestimmte Sachen beschränkt, keine Ausdehnung des Pfandrechts auf andere Gegenstände fordern.

7) Nur also in dem Fall, wo der Gläubiger weder an ein bestimmtes Gut gewiesen erscheint, noch unter den Parthien das Verhältniß der Forderung zum Pfandwerthe durch Vertrag festgesetzt wurde, „kann der Gläubiger verlangen, daß der Schätzungswerth des ihm zu gewährenden Unterpfands nicht unter dem anderthalbfachen Betrage der Forderung stehe.“

Das gesetzliche Maaß ist das Anderthalbfache. Es ist das niedrigste, was dem Gläubiger ohne eine besondere Verabredung gewährt werden muß. Wo ihm nichts zugesagt wurde, da darf er wenigstens verlangen, daß das Pfand anderthalb so viel als seine Forderung betrage. Worauf sich sein Anspruch zur Verpfändung gründe, gilt gleich. Nur darf man nicht vergessen, daß unter den durch das Gesetz unmittelbar gegebenen Ansprüchen, Frauen und Kinder eine Ausnahme bilden.

Darin, daß der Gläubiger bei einem allgemeinen Anspruch auf die Bestellung eines Pfandes, einen Pfandwerth fordern kann, der seine Forderung um die Hälfte übersteigt, liegt keineswegs noch eine Berechtigung zu dem Verlangen, daß ihm nur Eine Sache verpfändet

werde. Vielmehr muß er es sich gefallen lassen, so ihm der Schuldner mehrere Sachen verpfändet, und zufrieden seyn, so diese Sachen nur die Hälfte mehr als seine Forderung im Werthe haben.

Freilich bleibt es wahr, daß der Gläubiger nicht genöthigt werden kann, sich mehrere Sachen mit getheilter Summe verpfänden zu lassen, so wenig man ihn zur Annahme einer Stückzahlung zu zwingen vermag. Werden sie ihm aber für die ungetheilte Summe seiner Forderung verpfändet, und wären es deren noch viele, so ist seinem Rechte Genüge geschehen, betragen sie anders das Anderthalbfache seiner Forderung.

Eben so gleichgültig ist es, ob auf die verpfändete Sache schon früher ein Pfandrecht bestellt worden war, und dem Gläubiger nur eine Nach-Verpfändung gewährt wird; vorausgesetzt, die verpfändeten Gegenstände haben einen solchen Werth, um noch über die frühern, durch sie versicherten Forderungen, für die später zu versichernde Forderung der vertragsmäßigen oder gesetzlichen Summe nach auszureichen *).

8) Wir haben bisher viel von den Ansprüchen eines Gläubigers auf eine Pfandbestellung geredet.

Wie verschieden auch die Gründe seyn mögen, aus welchen sie entstehen können, so ist keine schriftliche Urkunde nothwendig, um sie zu erlangen. Das Gesetz spricht von einer „schriftlichen Uebereinkunft," was zunächst mehr darauf paßt, wenn jener Anspruch durch Vertrag erlangt wird.

Wo das Gesetz selbst unmittelbar den Anspruch gewährt, da kann ohne dieß kein schriftliches Document gefordert werden. Wie das Verhältniß existirt, an welches das Gesetz den Anspruch knüpft, so ist auch der Anspruch von selbst, ohne weiteres Zuthun der Parthien, vorhanden.

---

*) Das Nähere zu Art. 185.

Doch auch wo Schrift am meisten verlangt werden könnte, bei einem durch Vertrag erworbenen Anspruch, soll sie nicht nothwendig vorhanden seyn müssen. Seine Erlangung soll weder formell an eine schriftliche Urkunde gebunden seyn, so daß er, wenn ihn auch der Verpfänder zugestandener Maßen verliehen hätte, ohne Schrift nicht gültig wäre, noch der Beweis, er sey erlangt worden, im Falle des Widerspruchs einzig und alleine durch Schrift geführt werden müssen.

Weder zum Erwerb, noch zum Beweis ist eine Urkunde erforderlich. Jede freie Uebereinkunft, mit den wesentlichen Requisiten einer gültigen Uebereinkunft, reicht zum Erwerb hin, und jedes rechtlich gültige Beweismittel mag zum Beweise gebraucht werden *).

*) Die Erörterung der Lehre vom Pfandschein ersparen wir für einen der folgenden Artikel.

Zweites Kapitel.

Von dem Rechtsgrunde, der Erwerbung und dem Umfange des Unterpfands.

I.) Rechtsgrund der Unterpfands-Bestellung.

Art. 15.

Das Recht, eine Unterpfands-Bestellung zu verlangen (der Pfandrechts-Titel) kann sich gründen: 1) auf den erklärten Privatwillen; 2) auf den Ausspruch des Gesetzes.

---

1) Von dem auf Privatwillen beruhenden Pfandrechts-Titel.

Art. 16.

Der Privatwille wird erklärt: a) durch letzte Willens-Verordnung; b) durch Vertrag.

Wir haben bei den vorhergehenden Artikeln Gelegenheit gehabt, von Ansprüchen auf Pfandbestellung zu reden, und wollen nun in kurzer Darstellung näher erläutern was darunter eigentlich gemeint sey.

Nachdem das Gesetz angeordnet hat, daß das Unterpfand nicht mehr durch bloßen Vertrag, oder durch Uebergabe, oder auch unmittelbar durch das Gesetz selbst, sondern nur durch einen unter Mitwirkung der Obrigkeit vorgenommenen Eintrag in das Unterpfandsbuch bestellt werden könne, so muß es nothwendig zwei Stufen geben, einmal die Vornahme des Eintrags, oder die Handlung, wodurch das Unterpfand bestellt wird und dann

die Erlangung des Rechts auf diese Handlung. Bei jedem Unterpfand sind zweierlei Rechte zu unterscheiden, das dingliche Recht zur Sicherheit, welches nur durch Eintrag erlangt wird, und das Recht, diesen Eintrag zu fordern, das Recht auf die Erwerbung jenes ersten Rechts [1]).

---

1) Auf ähnliche Weise trennt man beim Kauf den Contrakt und die Uebergabe; durch letztere wird das Eigenthum erworben, durch erstern aber zunächst nur ein Recht, die Uebergabe zu fordern, ein Recht auf Erwerb des Eigenthums-Rechts.

Eben so sondert man beim Darlehens-Vertrag das eigentliche Darlehen, welches blos durch Uebergabe der Sache entstehet, von der vorläufigen Verabredung wodurch ein Darlehen versprochen wird.

Sogar nach dem bisherigen Rechte kannte man den Unterschied zwischen Pfandrecht und der Befugniß, ein solches anzusprechen, recht gut. Nicht nur gab es nach ihm eine Art Verpfändung, die nicht durch Vertrag, sondern re entstand, das pignus, bei der sich ein vorhergehender Vertrag de pignore dando ohne Zweifel wohl denken ließ, sondern er war auch durchgehends nothwendig, wenn der Gläubiger seinen Schuldner zur Verpfändung nöthigen wollte, ohne daß ihm das Gesetz oder ein Testament das Recht verlieh, darauf zu dringen (Voet, Comment. l. 20. Tit. 1. §. 1. Gmelin l. c. §. 66.). Es scheint übrigens nach römischem Rechte früher die Klagbarkeit eines solchen Vertrags, sofern er bloßes pactum war, einigen Zweifeln unterlegen zu seyn (l. 17. §. 2. D. de pact. (2, 14.) l. 14. §. 1. D. de const. pec. (13, 5.) Die erste Stelle wird mit Unrecht auf das pactum hypothecae von Vielen bezogen). Wie man übrigens davon urtheile, so war unserm bisherigen Rechte ein Recht auf Verpfändung, abgesondert von dem Pfandrecht selbst, nicht fremde, noch bei uns, die wir die subtilen Unterschiede von pacta und contractus nicht kennen, ein Vertrag als bloßes pactum unwirksam.

Unser Gesetz stellt demnach durch die Lehre von den Pfandrechtstiteln nichts Neues auf; obgleich die Lehre jetzt eine besondere Bedeutung dadurch erhält, daß kein Unterfand auf irgend eine Weise durch bloßen Vertrag

Also die Bestellung des Pfandrechts, das man Unterpfand nennt, ist verschieden von dem Anspruch auf jene Bestellung.

Die Befugniß, eine Unterpfands-Bestellung anzusprechen, muß selbst, wie jedes andere Recht, erworben werden. Da aber das Unterpfand ein dingliches Recht an einer fremden Sache ist, so kann die Befugniß, es anzusprechen, nicht in dem einseitigen Willen des Erwerbers begründet seyn. Sie wird mithin erlangt, entweder durch den übereinstimmenden Willen des Erwerbers und des Verpfänders, durch Vertrag, ohne weitere Förmlichkeit, als welche jeder Vertrag voraussetzt, oder durch einen Willen, den der Verpfänder anerkennen und dem gemäß er handeln muß, durch den Willen seines Erblassers, oder des Gesetzes, indem dasselbe, gewisse Verhältnisse voraussetzend, jene Befugniß ohne weiters verleiht. Diese Arten, einen Anspruch auf die Bestellung eines Pfandrechts zu erlangen, hat das Gesetz in den vorliegenden und den folgenden Artikeln abgehandelt [2]).

1) Wie aber auch jener Anspruch entstanden seyn mag, durch Gesetz, letztwillige Verordnung oder Vertrag, so kann er im Allgemeinen oder im Besondern erworben worden seyn. Wir haben bereits einen Unterschied zwischen dem allgemeinen, unbestimmten, und zwischen dem besondern, bestimmten Pfandrechts-Titel machen müssen. Wir wollen nun, an der Spitze der Lehre von den Pfandrechts-Titeln, beide etwas genauer beschreiben.

---

erworben werden kann, und eben deßhalb jeder Pfandrechts-Erwerbung ein Titel, ein Anspruch, ein Recht, sie zu erwerben, vorhergeht, wenn gleich die Grundlage des Rechts, der Vertrag z. B. von der Bestellung des Pfandes der Zeit nach kaum getrennt erscheinen mag.

2) Die Befugniß, ein Unterpfand zu fordern, wird in dem Gesetz „Pfandrechts-Titel" genannt, vermuthlich nach Analogie eines an sich nicht sehr civilistischen Sprachgebrauchs von titulus und modus adquirendi.

Der besondere Titel, den man auch den bestimmten nennen kann, gibt dem Berechtigten den Anspruch, daß ihm eine oder mehrere bestimmte Sachen zu Unterpfand bestellt werden. Ueber diese Sachen hinaus geht er nicht, und kann auch nicht ohne den übereinstimmenden Willen des Verpfänders auf andere Gegenstände ausgedehnt werden.

Der allgemeine Titel umfaßt alle unbeweglichen Güter des Verpfänders. Weil er allgemein und unbestimmt ist, darf auch der Gläubiger seinen Titel so lange geltend machen, als der Schuldner verpfänden kann, der Unterpfands-Bestellung fähiges Vermögen besitzt.

Unverkennbar liegt in diesem allgemeinen Pfandrechts-Titel eine gewisse Aehnlichkeit mit der General-Hypothek des frühern Rechts. Aber freilich ist auf der andern Seite der Unterschied sehr bedeutend. Jene gab ein dingliches Recht, während der unbestimmte Titel erst die Erwerbung desselben bezweckt, und seine Allgemeinheit mehr darin besteht, daß der Gläubiger aus einer Masse von Unbeweglichem irgend eine bestimmte Verpfändung zu fordern berechtigt ist.

Wer übrigens einen allgemeinen Titel hat, der hat noch nicht eben damit die Befugniß, den Gegenstand seiner Verpfändung zu wählen. Worauf er allein beharren könnte, wäre, wie schon oben angeführt wurde, die Größe des Pfandwerths, in so fern er durch Vertrag ein gewisses Maaß derselben ansprechen dürfte, oder das gesetzliche Maaß für sich verlangte. Welche Sachen ihm aber verpfändet werden sollen, darüber hat zunächst, und ohne besondere Verabredung der Schuldner zu bestimmen.

Der besondere Titel erstreckt sich auf gewisse bestimmte Sachen. Hier kann der Berechtigte, sey er durch Vertrag, Gesetz oder Testament berechtigt, nicht verlangen, daß ihm eine andere Verpfändung gegeben werde, als die gerade, worauf er berechtigt ist; ob es gleich nicht nöthig ist, daß

der bestimmte Titel sich gerade auf einzelne Sachen beziehe. Er kann auch mehrere einzelne Sachen umfassen, und im letztern Fall nicht nothwendig mit der Wirkung, daß sie alle zusammen, sondern auch in der Art, daß alternativ die eine oder die andere, oder auch mehrere verpfändet werden sollen.

Bei einer solchen alternativ gestatteten Verpfändung ist es allerdings wichtig zu wissen, wem die Wahl der Sache zukomme, welche als Unterpfand dienen mag. Indessen muß, nach Analogie der alternativen Verbindlichkeiten, das Wahlrecht in der Regel dem Verpfänder zugesprochen werden. Denn da es in der Regel von der Willkühr des Verpflichteten abhängt, welchen Gegenstand er leisten und übertragen mag, wenn er mehrere Dinge alternativ zu leisten hat[3]), so muß es auch ganz analog hier von seiner Wahl abhängen, welche Sache er verpfänden wolle.

2) Der Pfandrechts-Titel erstreckt sich, als allgemeiner wie als besonderer, nur auf die Forderung, für welche er erworben wurde. Er kann mithin nicht von einer Forderung auf eine andere hinübergezogen, noch copulativ mit der ihm eigentlich zu Grunde liegenden Forderung, noch auf eine verschiedene ausgedehnt werden.

Wohl aber kann man einen Pfandrechts-Titel für eine ihrer Existenz wie ihrer Summe nach durchaus unbestimmte Forderung erwerben.

Wie sich die Specialität, in Betreff der Sache, nur auf die Verpfändung, nicht aber auf den Titel dazu bezieht, so darf man auch die gesetzliche Anordnung, in Betreff der bestimmten Summe nur auf die Verpfändung nicht aber auf den Titel beziehen.

3) Nicht ohne Bedeutung dürfte die Frage seyn, ob der mit einem Pfandrechts-Titel versehene Gläubiger,

---

3) Thibaut, Pand. Thl. 1. §. 84. Mackeldey, Lehrbuch des Röm. Rechts §. 547.

unter gewissen Umständen, eine andere als die bestimmte Sache zu Unterpfand verlangen möge. Sie hat natürlich nur Interesse bei einem besondern Titel.

Es kann aber dem Gläubiger mit besonderm Titel wichtig seyn, eine andere als die bestimmte Sache zum Unterpfand zu erhalten, wenn ihm noch vor der Verpfändung [4]) bekannt wird, daß die Sache nicht zu seiner Sicherheit hinreiche, weil sie:

a) entweder eine fremde, und dem Schuldner nicht gehöre; oder

b) verborgene Mängel hat, die den Werth der Substanz herabsetzen, oder doch, weil sie in den beschränkten Rechten des Verpfänders bestehen, die Sicherheit schwächen; endlich weil sie

c) im Werth gefallen ist durch die Schuld des Gläubigers, des Verpfänders, oder zufälliger Umstände.

Hier unterscheide man nun ad a):

α) der Pfandrechts-Titel gründete sich auf das Gesetz unmittelbar, wie da, wo Jemand zur Wiederherstellung eines Gebäudes Geld oder Materialien gibt (Art. 42.) und es zeigt sich nachher, daß das Haus eines Andern ist, weil etwa der Grund und Boden nicht dem Bauherrn zugehörte. Ist dem also; dann kann der Gläubiger, dem ausser dem Gesetz nichts Anderes zu Statten kommt, auch kein anderes Pfand verlangen. Er ist einzig auf den bestimmten Gegenstand gewiesen; und kann ihm der nicht verpfändet werden, so ist das ein ihn treffendes, von ihm allein zu tragendes Unglück.

Selbst dann, wenn der Schuldner wissentlich einen fremden Boden überbaut, oder ein fremdes Haus herstellt, wenn er also mala fide handelt, kann der Gläubi-

---

4) Von dem Fall, wenn einer der Umstände, welche den Werth der Sache minderen, erst nach der Verpfändung eintritt, oder doch erst nach derselben dem Gläubiger bekannt wird, werden wir mit Beziehung darauf, ob sein Titel ein besonderer oder allgemeiner war, unten bei Art. 52. handeln.

ger keine Unterstellung eines andern Pfandes Statt des gesetzlichen verlangen. Denn der dolus des Schuldners bezieht sich hier gar nicht auf die Pfandbestellung, welche er nach der Voraussetzung nicht versprochen hat, sondern auf das willkührliche Schalten mit fremdem Gute; er kann folglich auf dieselbe auch keinen Einfluß haben *). War aber

β) der Pfandrechts-Titel ein testamentarischer, so ist es wichtig, ob der Erblasser wußte, oder nicht wußte, daß die zu verpfändende Sache eine fremde sey. Hier ist der legirte Titel eben so unnütz, als das Legat der Sache selbst, weil man, wie bei einer legirten Sache, sagen müßte, der Erblasser hätte weder die Sache noch ein dingliches Recht legirt, wenn er ihre Eigenschaft gekannt hätte [5]). Dorten würde der Erbe, so eine Sache legirt worden wäre, dieselbe einlösen oder deren Werth geben müssen [6]). Consequent behaupten wir daher, der Erbe müsse auch das Legat des Pfandrechts realisiren, und entweder die Sache an sich bringen, damit der legirte Titel zu Kraft gelange, oder dem Gläubiger den Werth des Titels, d. h. die Sicherheit, welche der Titel gewähren sollte, ersetzen, mit andern Worten die Verpfändung auf einen andern Gegenstand übertragen lassen.

γ) Endlich kann man den Titel durch Vertrag erworben haben. Zeigt es sich nun hier, daß die Sache eine

---

*) Dennoch müßte man den Fall, wo der Eigenthümer die Sache nur gegen Erstattung einer gewissen Summe, z. B. der Auslagen von dem Bauherrn im guten Glauben an sich fordern könnte (§. 30. J. de rer. div. (2, 1.) l. 14. D. de dol. mal. et met. exc. (44, 4.) l. 16. C. de R. V. (3, 32.), dem Gläubiger, nach Analogie des widerruflichen Eigenthums (Art. 8.), das Recht zugestehen, jenes von dem Eigenthümer an den Schuldner zu Zahlende für sich in Anspruch zu nehmen, und die Zahlung an den Schuldner durch eine Anzeige zu verhindern.

5) §. 4. J. de leg. (2, 20.) l. 10. C. de leg. (6, 37.)

6) §. 4. J. cit. l. 30. §. 6. D. de leg. III.

fremde sey, so mag der Gläubiger allerdings und auf jeden Fall sein Interesse fordern, und zwar, nach Analogie des bisherigen Rechts, ohne allen Unterschied, ob der Schuldner wußte, daß er ihm eine fremde Sache zum Unterpfand versprach, oder auch nicht wußte, wenn nur er der Gläubiger mit der Beschaffenheit der Sache unbekannt war [7]). Worin dieses Interesse bestehe? Im Sinne des bisherigen Rechts wollten Manche [8]) unrichtiger Weise nicht das Recht des Gläubigers auf die Verpfändung einer andern Sache darin finden; eben deßhalb suchten sie die Möglichkeit eines sonstigen Interesse nachzuweisen. Doch mußten sie dabei voraussetzen, daß der Gläubiger die Sache durch die Verpfändung bereits in Besitz erhalten hätte. Wir indessen, die wir es blos mit einem Titel auf Verpfändung zu thun haben, und von einem Besitz der Sache ganz absehen, und absehen müssen, wir können das Interesse des Gläubigers in nichts als in die Realisirung seines Titels setzen, darein, daß ihm die Sicherheit gewährt werde, welche ihm gewährt werden sollte, also in die Gewährung eines andern Unterpfands an die Stelle des versprochenen.

Indem wir ad b) übergehen, halten wir auch für nothwendig, die verschiedenen Entstehungsgründe der besondern Pfandrechts-Titel zu berücksichtigen.

α) Steht dem Gläubiger sein Anspruch auf Verpfändung, aus einem Testamente, zu, und kann derselbe nicht in dem Maaße verwirklicht werden, als er sollte, so hat der Gläubiger kein Recht auf Ergänzung. Denn läge der Mangel darin, daß die Sache, welche verpfändet werden sollte, dem Erblasser und nun dem Verpfänder nicht ganz, oder nicht ohne Beschränkung im Umfang

---

7) l. 16. §. 1. D. de pign. act. (13, 7.)

8) Voet, Comment. ad lib. 13. tit. 7. §. 10. Gesterding, Pfandrecht §. 26. S. 176—180.

oder der Dauer der Befugnisse angehörte, so müßte, nach Analogie von legirten Sachen, behauptet werden, der Titel erstrecke sich blos auf das, was dem Erblasser an der Sache zustand; da es eine bekannte Regel ist, daß der Beschwerte nur leisten dürfe, was der Erblasser an der legirten Sache anzusprechen hatte [9]). Auf der andern Seite braucht der Beschwerte für die Mängel der legirten Sache nicht zu haften, sondern er leistet sie, so wie sie ist [10]). Eben so wenig mag ihm rechtlich angemuthet werden, dem Gläubiger, dessen Titel der Mängel wegen nicht vollkommen verwirklicht werden könnte, andere Sachen zu unterstellen *).

β) Noch weit weniger liegt dem Schuldner und Verpfänder die Verbindlichkeit ob, den besondern gesetzlichen Pfandrechts-Titel auch auf andere Gegenstände ausdehnen zu lassen, worauf der Titel gesetzlich nicht geht, weil der Gegenstand, worauf er geht, aus diesen Gründen dem Gläubiger keine gehörige Sicherheit gewährt.

γ) Ist endlich der Titel ein vertragsmäßiger, so müßte der Verpfänder unter allen Umständen die Objecte ergän-

---

9) l. 5. §. 2. D. de leg. I. l. 30. §. 4. D. de leg. III.

10) l. 56. l. 116. D. de leg. I.

*) Doch dürfen wir die Bemerkung nicht unterlassen, daß, wenn die zur Verpfändung bestimmte Sache deßhalb nicht genügt, weil sie bereits mit einer früheren Verpfändung bestrickt ist, die Verbindlichkeit des Beschwerten zur Ergänzung des Titels ganz davon abhängt, ob der Erblasser den Pfandnexus kannte oder nicht. Nach Analogie des bisherigen Rechts, würden wir den Erben dort schuldig erachten, die Pfandobjekte zu ergänzen, während wir ihn hier von dieser Schuldigkeit befreiten. Denn nach dem bisherigen Recht mußte der Erbe eine mit dem Bewußtseyn, daß sie verpfändet sey, legirte Sache befreien und leisten (l. 21. D. de prob. (22, 3.) l. 57. D. de leg. I. l. 6. C. de fideicom.). Auf gleiche Weise muß er auch einen auf eine schon verpfändete Sache wissentlich gerichteten Titel ergänzen.

zen, wenn die, worauf der Titel gerichtet war, nicht zureichten. Das geht aus der Analogie des bisherigen Rechts hervor, wonach der Gläubiger auf jeden Fall, der Schuldner mochte die Mängel kennen oder nicht kennen, wegen einer mit Mängel behafteten, verpfändeten Sache sein Interesse fordern konnte [11]). Dieses Interesse trifft auch hier wieder die Sicherheit des Gläubigers; denn es macht keinen Unterschied, ob derselbe durch den besondern Titel gar keine Sicherheit erlangt, weil die Sache eine fremde ist, oder ob er sie nicht so erlangt, wie er sie erlangen mußte, weil die Sache wegen ihrer dem Gläubiger unbekannten Mängel etwa weniger werth ist, als sie nach dem verabredeten oder gesetzlichen Verhältniß der Forderung zum Pfandwerthe seyn sollte.

Prüfen wir zuletzt noch ad c) die Verminderung des Werths der Sache, welche aus andern als den angegebenen Gründen herrührt.

α) Der Verpfänder schmälerte durch seine Schuld den Werth der Sache; alsdann kann der mit einem Pfandrechts-Titel versehene Gläubiger, habe er denselben durch Gesetz, Testament oder Vertrag erhalten, eine Ergänzung der durch denselben bezeichneten Objecte in soweit verlangen, als ihm die Sicherheit abgeht, deren er vor der den Werth der Sache schmälernden Handlung des Verpfänders genoß *).

---

11) l. 16. §. 1. l. 36. §. 1. D. de pign. act.

*) Es macht in Hinsicht des Rechts zur Ergänzung nichts aus, ob der Verpfänder wußte, daß eine bestimmte Sache verpfändet werden sollte. Zwar kann ein solches Nichtwissen weder bei den vertragsmäßigen, noch bei den gesetzlichen, sondern nur bei den testamentarischen, oder bei den noch nicht realisirten, und erst von dem Erben zu realisirenden gesetzlichen und vertragsmäßigen Titeln eintreten; wo es aber auch eintritt, da bleibt dem Gläubiger sein Recht unversehrt, weil der Erbe auf keine Weise, selbst nicht, durch schuldlose freie Handlungen dem, welchem ein Pfandrechts-

β) Ist die Herabsetzung des Werths in einer Handlung des Gläubigers begründet; so kann dieser, auf welche Weise auch sein Titel entstand, eine Verpfändung anderer, durch den Titel nicht bezeichneten Gegenstände niemalen verlangen.

γ) Wofern aber weder der Gläubiger noch der Schuldner die Werths-Veränderung herbeiführte, sondern irgend ein von denselben unabhängiges Ereigniß, und dieselbe in Beziehung auf die Parthien ihre Veranlassung in einem Zufall fand; so ist auch hier der Schuldner, ohne Rücksicht auf die Entstehungsart des Titels, von aller Vermehrung der für das Unterpfand bestimmten Sachen frei. Denn der Anspruch des Gläubigers auf eine bestimmte Verpfändung bekommt dadurch keine größere Bedeutung, daß ein Zufall den Gegenstand derselben in seinem Werth herabsetzte, so wenig als der Anspruch des Käufers dadurch eine Aenderung erleidet, wenn die erkaufte Sache durch einen Zufall in ihrer Substanz beschädigt, und ihr Werth verkleinert wird.

Uebrigens läßt es sich nicht verkennen, daß das Interesse des Gläubigers bei einem jeden Pfandrechts-Titel ein zweifaches sey, zunächst das der Sicherheit, zuletzt aber das, seine Forderung einst befriedigt zu sehen. Wie er selbst nur deßhalb Sicherheit wünscht, um einst der Zahlung sicher zu seyn, so besteht auch sein Interesse, wenn er die Sicherheit nicht empfängt, in nichts anderm, denn in der Zahlung. Daher gibt Gesterding [12]) schon nach dem bisherigen Recht dem Gläubiger die Befugniß, wenn ihm sein Pfand entzogen oder geschmälert wird,

---

Titel im Testamente seines Erlassers verschafft, oder analog dem, welcher schon gegen den Erblasser mit einem Anspruch auf Verpfändung versehen war, seinen Titel und Anspruch beeinträchtigen darf (arg. l. 112. §. 1. D. de leg. I. l. 63. D. de leg. II. l. 25. §. 2. D. ad Sct. Trebell. (36, 1.)).

12) l. c. S. 180.

auf Zahlung zu dringen, hätte er selbst dem Schuldner auf längere Zeit Nachsicht gegeben. Noch mehr müssen wir ihm in allen den vorangeführten Fällen gestatten, sogleich seine Befriedigung zu verlangen, wenn sein besonderer Titel nicht realisirt werden, und der zur Ergänzung verpflichtete Schuldner ihm keine anderweitige Sicherheit verschaffen könnte [13]).

Wo aber auch der Verpfänder verbindlich ist, den Titel zu ergänzen, da bedarf es kaum erwähnt zu werden, daß die Verbindlichkeit ihm nur alsdann obliegt, wenn die durch den Titel bezeichnete Sache nicht mehr gehörige Sicherheit gewährt. Die gehörige Sicherheit wird aber nicht gewährt, wenn der Pfandwerth nicht in dem Verhältniß zur Forderung steht, in welchem er nach Vertrag oder Gesetz stehen sollte. Stünde er in dem gehörigen Verhältniß, so würde der Verpfänder nicht ergänzen dürfen, selbst nicht, wenn die Sache im Allgemeinen, ohne ein bestimmtes Verhältniß ihres Werths für die Verpfändung angewiesen worden wäre. Denn alsdann müßte das gesetzliche Verhältniß den Maaßstab für die Beurtheilung abgeben, ob der Gläubiger noch gehörig gesichert sey. Diesen Grundsatz stellen wir in Analogie des bisherigen Rechts, auf, wonach der Schuldner, auch wo die Sache unbedingt und unbeschränkt im Ganzen

---

13) Wir haben bemerkt, daß der Gläubiger alsdann, wenn ihm die mit Recht angesprochene Vermehrung der Pfandobjecte und die Ergänzung seiner Sicherheit nicht gewährt werde, sogleich Zahlung fordern möge, selbst alsdann, wenn der Termin der Zahlung ein viel späterer seyn sollte. Bei Anwendung dieses Satzes darf nun aber nicht vergessen werden, daß der Gläubiger auf den vollen Betrag seiner Forderung nur in dem Fall bestehen könne, wenn die Forderung verzinslich ist. Wäre sie unverzinslich, so müßte er sich analog der im Art. 52. ausgesprochenen Bestimmung den Abzug der Zwischenzinse gefallen lassen. Wie dieselben übrigens zu berechnen seyen, werden wir zu Art. 52. näher entwickeln.

verpfändet war, frei ausgieng, sobald dieselbe noch zur Sicherheit des Gläubigers diente. Zwar geben die bisherigen Gesetze keine genaue Gränze an (Si ea res ampla est, et ad modicum aeris fuerit pignerata [13]), innerhalb welcher man die Sicherheit als vorhanden annehmen könnte; allein diese müssen wir im Geiste unsers, das Verhältniß der Forderung zum Pfandwerthe bestimmenden Gesetzes, als gegeben betrachten.

4) Zum Schlusse dürfte hier noch die alle Arten von Pfandrechts-Titeln betreffende Prüfung stehen, wie es zu halten sey, wenn der, welcher vermöge eines Titels zur Verpfändung verbunden ist, vor der Verpfändung oder auch, wenn der Erblasser, welcher einen Titel legirt, mit Hinterlassung mehrerer Erben stärbe? Die Beantwortung wird ohne Zweifel verschieden ausfallen, je nachdem der Titel ein allgemeiner oder ein besonderer ist.

Dorten ist jeder Erbe wie zur Zahlung der Schuld, so zur Verpfändung nach seinem Erbtheile verbunden. Denn da die Schuld des Erblassers ipso jure unter den Erben getheilt, und jeder derselben, zwar vermöge des allgemeinen Titels, auch zur Verpfändung verbunden ist, die Verpfändung aber im Verhältniß zur Schuld steht, so kann keiner anders, denn soweit sein Erbtheil geht, zur Verpfändung angehalten werden.

Hier, wo dem Gläubiger nach der Voraussetzung ein besonderer Titel zusteht, kommt es zunächst darauf an, ob die Sache, welche zur Verpfändung bestimmt wurde, unter den Erben ebenfalls nach Verhältniß getheilt, oder Einem derselben zugeschieden worden ist. In jedem Fall kann der Gläubiger von jedem Erben, dessen Schuld wie dessen Antheil an der zu verpfändeten Sache in gleichem Verhältnisse stehen, natürlich die Verpfändung seines Antheils verlangen, habe er denselben nun pro diviso oder

---

[13] l. 36. §. 1. D. de pign. act. Gesterding l. c.

pro indiviso inne. Im letzten Fall dagegen kann der Gläubiger von dem einzelnen Erben, der die ganze Sache besitzt, die volle Verpfändung verlangen, ob schon der Besitzer ihm nicht die ganze Forderung schuldet. Denn in allen Fällen, wo der Anspruch auf eine bestimmte Sache geht, muß es sich der, welcher ihm in Beziehung auf dieselbe genügen kann, gefallen lassen, daß der Anspruch durchaus in seinem ganzen Umfange gegen ihn gerichtet wird, wenn er gleich im eigentlichen Sinne nur theilweise verpflichtet erschiene [14]).

---

a) Vom letztwilligen Pfandrechts-Titel.

Art. 17.

Die Gültigkeit eines durch letzte Willenserklärung ertheilten Pfandrechts-Titels, es mag in Folge desselben die Schuld des Testirers oder die Schuld eines Dritten durch Unterpfand zu versichern seyn, hängt einzig von dem Rechtsbestande der letztwilligen Verordnung ab.

---

b) Vom vertragsmäßigen Pfandrechts-Titel.

Art. 18.

Zur Gültigkeit des vertragsmäßigen Pfandrechts-Titels wird erfordert, daß derjenige, welcher dem andern ein Pfandrecht einräumen will, die Fähigkeit habe, über sein Vermögen zu verfügen,

---

14) l. 6. §. 1. D. de edend. (2, 13.) l. 3. §. 3. D. commod. (13, 6.) Voet, Comment. ad l. 20. Tit. 1. §. 1.

und wenn er als Verwalter eines fremden Vermögens handelt, daß er für Rechnung desselben eine Schuld-Verbindlichkeit einzugehen und Güter zu verpfänden ermächtigt sey.

Art. 19.

Ist auch ein Schuldner der Verwaltung seines Vermögens noch nicht entsetzt; so kann gleichwohl von ihm ein Unterpfand nicht mehr bestellt werden, wenn er dem Gemeinderath oder dem Gericht seine Ueberschuldung angezeigt; oder wenn der Gemeinderath, wegen Besorgniß einer Ueberschuldung, bey dem Oberamts-Gericht auf Untersuchung des Vermögens des Schuldners von Amtswegen angetragen hat; oder wenn ohne einen solchen Antrag dem Gemeinderath von dem Oberamts-Gerichte der Auftrag zur Vermögens-Untersuchung ertheilt worden ist; oder wenn die Behörde auf den Grund der Kenntniß von dem Vermögens-Stande des Schuldners eine Unterpfands-Bestellung schon einmal abgelehnt hat. In allen diesen Fällen ist sogleich die erforderliche Bemerkung in das Unterpfandsbuch einzutragen. Eine nach solchem Eintrage und vor gesetzmäßiger Entfernung des Grundes desselben geschehene Verpfändung ist nichtig.

Art. 20.

Die Bestimmungen des vorstehenden Artikels sind auch bei den Gerichtshöfen analog in Anwendung zu bringen.

---

1) Unser Gesetz macht die Gültigkeit des testamentarischen Titels von der Gültigkeit der letztwilligen Verordnung abhängig. Es schließt sich dadurch an das bisherige Recht an, welches das testamentarische Pfandrecht als eine Art von Legat betrachtete [1]) und natürlich wie dieses von der Wirksamkeit der letzten Willens-Ordnung abhängig machte.

Doch nicht blos sein Daseyn hängt von dem letzten Willen ab, sondern auch die Art seines Daseyns. Er kann als allgemeiner oder besonderer Titel hinterlassen werden, und im letzten Fall eine Sache des Erblassers sowohl als des Erben zum Gegenstande haben. Denn daß auch des Erben eigene Sachen Gegenstand des Titels werden können, geht schon aus Analogie, des bisherigen nicht aufgehobenen Rechts hervor, welches gerade in dem Betracht den testamentarischen Pfandrechts-Titel recht wohl kannte [2]). Auch darüber entscheidet allein die letztwillige Anordnung, in welchem Verhältniß die Forderung zum Pfandwerthe stehen soll; wobei es übrigens von selbst offenbar ist, daß ohne eine besondere Bestimmung das gesetzliche Verhältniß einzutreten habe *).

---

1) l. 8. §. 14. D. de transact. (2, 15.) l. 9. D. de ann. leg. (33, 1.) Bolley l. c. §. 121.

2) Gmelin de jure pign. etc. §. 66.

*) Nach dem bisherigen Rechte war man darüber nicht einig, wenn ein testamentarisches Pfandrecht seinen Anfang nehme, namentlich, in so fern eine eigene Sache des Erben ihm unterworfen wurde. Nunmehr kann darüber kein Streit mehr seyn. Das Pfand nimmt seinen Anfang vom Eintrag in das Unterpfandsbuch, der Titel aber, als per-

2) Wird der Pfandrechts-Titel durch einen Vertrag erworben, so müssen nicht nur die Erfordernisse eines Vertrags im Allgemeinen vorhanden seyn, sondern auch derjenige, welcher den Titel zugesteht, muß über sein Vermögen verfügen, und namentlich auch veräussern dürfen, da der Titel zur Verpfändung, und diese sogar zur völligen Veräusserung führt.

Ein Pfandrechts-Titel kann also nicht von dem gegeben werden, welcher überhaupt keinen Vertrag abzuschließen vermag, wie ein Wahnsinniger. Für ihn sowohl, wie für den gerichtlich erklärten Verschwender, können nur die Curatoren Pfandrechts-Titel und Verpfändungen zugestehen.

Eben so können Pupillen und Minderjährige nur unter Autorität ihrer Vormünder einen Titel der Verpfändung gewähren.

Dabei darf kaum angeführt werden, daß diese Verwalter fremden Vermögens, wie das Gesetz im Allgemeinen, aber unter natürlicher Beziehung auf das bisher Geltende, sagt, zur Gestattung eines Titels ermächtigt seyn müssen; nicht blos an sich, aus gehörigen Gründen, wegen Nothwendigkeit oder Nützchkeitli, sondern auch durch obrigkeitliches Decret. Würde das eine oder das andere fehlen, so könnte eine in Folge des Titels vorgenommene Verpfändung nicht anders denn für ungültig erachtet werden; denn der Titel richtet sich auf Verpfändung von unbeweglichen Gütern, unbewegliche Güter der Pupillen, Minderjährigen, Wahnsinnigen ꝛc. können aber nur mit obrigkeitlicher Genehmigung, aus einem gesetzlich gebilligten Grunde vorgenommen werden [3]).

---

sönliches Recht, kann gegen den Erben in dem Moment geltend gemacht werden, in welchem überhaupt persönliche aus einem Testament hergeleiteten Ansprüche gegen den Erben verfochten werden mögen.

3) Gmelin l. c. §. 29. Bolley l. c. §§. 64—70. Thibaut, Paud. R. Thl. 1. §. 525.

Gleicher Weise dürfen Kinder, die unter väterlicher Gewalt stehen weder das profektizische noch das adventizische Sondergut ohne Einwilligung ihres Vaters verpfänden, also auch keinen Pfandrechts-Titel gewähren, dessen Folge die Verpfändung wäre; ob sie gleich des adventizischen Sonderguts Eigenthümer sind, und nur die Nutznießung ihrem Vatur zukommt. Würden sie einen solchen Titel dennoch einseitig verleihen, so wäre die darauf vorgenommene Verpfändung nichtig.

Das Gesetz fordert aber nicht nur die Ermächtigung, Güter aus dem verwalteten Vermögen verpfänden, sondern auch die, eine Schuldverbindlichkeit eingehen zu können. Wäre das Erstere vorhanden ohne das Letztere, so würde die in Folge des Titels vorgenommene Pfandbestellung ungültig seyn. Denn das Pfandrecht ist immer nur ein accessorisches Recht, ohne Bedeutung für sich, sobald das Hauptrecht keinen Bestand hat. Wenn z. B. ein Bevollmächtigter, Procurator, selbst als Verwalter des ganzen Vermögens Geld aufnimmt und einen Titel gewährt, so ist derselbe nur wirksam, sofern der, welcher ihm die Verwaltung seines Vermögens übertrug, ihn zur Geldaufnahme und Verpfändung besonders bevollmächtigte oder doch als bevollmächtigend betrachtet wird, weil er etwa selbst gewohnt war, Geld unter Verpfändungen aufzunehmen. Wo der Procurator nur zur Verpfändung, nicht aber dazu, neue Schulden zu machen, ermächtigt, oder wo ihm gestattet wäre, Schulden zu machen, nicht aber zu verpfänden, da müßte ein von ihm gegebener Anspruch auf Verpfändung bedeutungslos seyn, weil keine gültige Verpfändung in seiner Begleitung gienge [4]).

3) Der Art. 19. unsers Gesetzes war in dem den Ständen vorgelegten Entwurfe nicht enthalten. Auch der ständische Ausschuß hatte keinen Antrag dahin gestellt.

---

4) l. 11. §. ult. l. 12. D. de pign. act. Man sehe nach Gmelin l. c. §§. 28. 65.

Erst die ständische Commission schlug vor, die vorliegenden Bestimmungen in das Gesetz aufzunehmen, und der Vorschlag wurde auch mit einem Zusatze angenommen und erhielt die Genehmigung der Regierung.

Die Bestimmungen des Gesetzes führen aber eine wesentliche Abänderung des bisherigen Rechts mit sich.

Nach diesem konnte keine von dem Schuldner errichtete Verpfändung als nichtig angefochten werden, so lange nicht der förmliche Concurs ausgebrochen, d. h. so lange dem Schuldner nicht das Verfügungsrecht über sein Vermögen abgenommen worden war. Ob es ihm abgenommen werden sollte, das hing davon ab, in wie weit der Richter von seiner Zahlungsunfähigkeit überzeugt seyn mochte.

Indessen haben neuere würtembergische Gesetze verordnet, daß auch schon, bevor diese Ueberzeugung möglicher Weise vorhanden seyn könnte, dem Schuldner die Dispositions-Befugnisse entzogen werden sollen. Es ist nehmlich klar, daß der Richter zur Zeit, wo er das Vermögen des Schuldners erst untersucht, noch keine Gewißheit über den Stand desselben, also auch noch keine Ueberzeugung von dessen Unzulänglichkeit haben könne. Trotzdem soll er dem Schuldner schon alsdann, wenn er die Vermögens-Untersuchung verfügt, alle Veräusserung untersagen, und ihm somit die Disposition über das Seinige entziehen. Dieser Sanktion gemäß konnte der Schuldner in Würtemberg schon von der Vermögens-Untersuchung an keine Veräusserung, und eben darum auch keine Verpfändung gültiger Weise mehr vornehmen. Immerhin stand aber der Grundsatz fest, daß keine Veräusserung oder Verpfändung an sich nichtig sey, wenn dem Schuldner die Dispositions-Befugniß nicht entzogen ward [5]). Ließe es sich demnach denken, daß ein Richter, dem Ge-

5) Danz, Concurs-Proceß (3te Ausg.) §§. 144. u. 150. Thibaut, Thl. 3. §§. 1219. u. 1227. Edikt für die Rechtspflege §. 160.

setze entgegen, eine Untersuchung angeordnet, aber den Schuldner nicht der Disposition beraubt hätte, so wäre auch selbst nach dem neuen Gesetz der Fall möglich gewesen, daß ein von dem Schuldner, nach angeordneter Untersuchung seines Vermögens bestelltes Pfandrecht nicht als nichtig angesehen werden durfte.

Das neue Pfandgesetz hat nun diesem Fall der Nichtigkeit noch andere Gründe beigefügt, aus denen eine von einem insolventen Schuldner vorgenommene Verpfändung nichtig seyn solle, auch wenn ihm die Vermögens-Verwaltung nicht entzogen wurde.

Mag der Schuldner selbst bei dem Gemeinderath oder dem Gerichte seine Insolvenz anzeigen, mag der Gemeinderath von Amtswegen auf Untersuchung des Vermögens angetragen, oder diese ihm sonst von dem Oberamtsgerichte aufgetragen worden seyn, oder die Behörde auch nur einmal schon die Bestellung eines Pfandes auf den Grund der Kenntniß von dem Vermögensstande des Verpfänders abgelehnt haben, so ist eine nachher erfolgende Verpfändung nichtig. Diese Nichtigkeit tritt jedoch nicht ohne Weiteres ein. Ehe wir weiter gehen, glauben wir aber bemerken zu müssen:

Das Gesetz sagt allgemein: „wenn der Schuldner dem Gemeinderath oder dem Gerichte seine Ueberschuldung angezeigt.“ Es fügt nicht hinzu, daß er die Vermögens-Verwaltung zugleich freiwillig abgetreten haben müsse, sondern die bloße Anzeige der Ueberschuldung genügt ihm, damit eine nachherige Verpfändung nichtig werde.

Es sagt ferner: „wenn ohne einen solchen Antrag dem Gemeinderath vom Oberamts-Gerichte der Auftrag zur Vermögens-Untersuchung ertheilt worden ist,“ ohne zu verlangen, daß das Oberamts-Gericht, wie es nach dem Gesetze soll, zugleich die Vermögens-Disposition des Schuldners aufhebt. Auch hier tritt mithin Nichtigkeit der Verpfändung ein, selbst wenn dem Schuldner die Verfügungsrechte nicht genommen worden wären.

Daß nach unserm Gesetz diese Entziehung in den beiden angeführen Fällen nicht nöthig sey, geht auch daraus hervor, daß sie mit den zwei andern Fällen, bei denen von Entziehung der Befugniß, über das Vermögen zu verfügen, keine Rede ist und seyn kann, ganz zusammengestellt und ohne allen Schein des Unterschieds zusammengestellt werden.

Zudem spricht sich die ständische Commission, welche diese Anordnung veranlaßte, in ihren Motiven bestimmt dahin aus, daß in allen angeführten Fällen auch ohne Untersagung von Vermögens-Dispositionen die Nichtigkeit eintreten solle *).

Die im vorliegenden Gesetze ausgesprochene Nichtigkeit setzt aber voraus, daß „die Verpfändung nach dem in dem Unterpfandsbuch gemachten Eintrag vorgenommen worden sey."

Wir untersuchen zuerst, worin dieser Eintrag bestehe?

„In allen diesen Fällen ist sogleich die erforderliche Bemerkung in das Unterpfandsbuch einzutragen." Auf das Vorhergehende bezogen, setzt also dieser Ausspruch fest, daß sowohl die Anzeige des Schuldners von seiner Insolvenz, als der Antrag auf Untersuchung, wie der Befehl zu derselben, nicht weniger die Verweigerung einer Verpfändung aus dem Grund der Vermögens-Kenntniß eingetragen werden müsse. Die Unterpfand-Behörde hat die Verpflichtung, so oft sich einer der angeführten Fälle ereignet, einen Eintrag zu machen.

---

*) Sie sagt: „Es bestimmt schon das IV. Edikt vom 31. Dec. 1818. §. 160., daß mit der Erkennung der Vermögens-Untersuchung dem Schuldner alle Veräusserung untersagt werden soll. Wenn die Commission in dieser Hinsicht noch etwas weiter ging, so geschah es nur deßwegen, weil die Unterpfands-Behörde von dem Zustand der Ueberschuldung schon früher amtlich in Kenntniß gesetzt seyn konnte." (Ständ. Verh. l. c. 2te Abthlg. S. 246.)

Ist nun dieser Verpflichtung genügt worden, so ist jede nachher vorgenommene Verpfändung, wie das Gesetz sagt, nichtig *).

4) Sehr bedeutend bleibt aber noch die Prüfung, in wie fern ausser den angeführten Fällen der Nichtigkeit

*) Wir haben demnach einen Unterschied zu bemerken, welcher zwischen der Nichtigkeit aus dem frühern Recht und der aus dem neuen Gesetz vorhanden ist.

Auch jetzt noch ist jede Verpfändung nichtig, sobald dem Verpfänder durch Erklärung des förmlichen Concurses die Befugniß zur Veräusserung genommen ist, oder sobald er sich dieser Befugniß wegen Insolvenz freiwillig vor Gericht begeben hat. Es bedarf aber weder die richterliche Entziehung noch die freiwillige Begebung irgend eines Eintrags in das Unterpfandsbuch. Denn die erste Bedingung zur Gültigkeit eines gegebenen Pfandrechts-Titels, und der darauf folgenden Verpfändung ist die Fähigkeit des Verpfänders über sein Vermögen zu verfügen, und Veräusserungen vorzunehmen. Wo sie mangelt, da ist es eben so gut, als ob ein gerichtlich erklärter Verschwender, oder ein Pupille ohne Zuziehung seines Vormundes verpfändeten; und so wenig bei diesen ein vorgehender Eintrag ihres rechtlichen Zustandes erforderlich ist, um eine Nichtigkeit zu erzeugen, so wenig ist der Eintrag des förmlich erklärten Concurses, oder der freiwilligen Begebung dazu erforderlich.

Die Nichtigkeit des neuern Rechts tritt aber nur ein, wenn der Umstand, woran sie das Gesetz geknüpft hat, vor der Verpfändung in das Unterpfandsbuch eingetragen wurde. Fehlt dieser Eintrag, so ist die Verpfändung vollkommen gültig, eben weil sie nach dem Gesetz nur alsdann nichtig seyn soll, wenn jener Eintrag vorhergieng.

Ob, und welche Verantwortlichkeit die Obrigkeit auf sich lade, wenn sie entweder einen der im Gesetz angeführten Fälle nicht einträgt, und dadurch die Gültigkeit einer spätern Verpfändung zum Nachtheil anderer Gläubiger herbeigeführt, so wie, wenn sie nach dem Eintrag eine Verpfändung vor sich gehen läßt, und so dem spätern Gläubiger schadet, werden wir weiter unten, am gehörigen Orte untersuchen.

eine von dem überschuldeten Verpfänder vorgenommene Verpfändung, vermöge der sogenannten actio Pauliana, wieder aufgehoben werden könne.

War nehmlich von dem insolventen Schuldner vor Erklärung des förmlichen Concurses, und vor der freiwilligen Abtretung seiner Verfügungsrechte eine Veräusserung vorgenommen worden, so konnten, nach dem frühern Recht, die dadurch benachtheiligten Gläubiger dieselbe anfechten, und verlangen, daß die ganze Sache wieder in den Stand, wie sie vor der Veräusserung war, zurückgebracht werde[6]). Sie konnten das unbedingt verlangen, wenn sich der Schuldner in einem erweislichen bösen Glauben befand und unentgeldlich veräusserte, ohne daß deßhalb der Erwerber im guten Glauben etwas anderes, als das zu erstatten hatte, wodurch er bereichert war[7]). Wollten sie aber gegen den auftreten, der auf eine lästige Weise erwarb, so war es nöthig, auch ihm den bösen Glauben nachzuweisen[8]).

Sofern nun der Schuldner Einem seiner Gläubiger ein Pfandrecht bestellte, mußte, da die Verpfändung im Allgemeinen zu den Veräusserungen gehört, ebenfalls unterschieden werden, ob die Erwerbung des Pfandes unentgeldlich war, oder nicht.

Unentgeldlich ist sie aber in der Regel immer, wenn das Pfand für eine fremde Schuld bestellt wird, so wie sie auch alsdann nach den Gesetzen für unentgeldlich gilt, wenn das Pfand für eine alte Schuld gegeben (in vetus creditum), nicht aber, wenn es für eine neue errichtet würde. Dem gemäß reichte in den ersten zwei Fällen der erwiesene Dolus des Verpfänders hin, um die Ver-

---

6) l. 10. §. 22. l. 14. D. quae in fraud. credit. (42. 8.)

7) l. 6. §. 11. l. 17. §. 1. D. l. 5. C. h. t. (7, 75.)

8) l. 6. §§. 7. 8. l. 25. §. 1. D. eod.

pfändung anzugreifen, während im letzten Fall auch vom Pfandberechtigten der Dolus erwiesen werden sollte 9).

Finden nun diese Grundsätze jetzt noch Statt, und kann eine Verpfändung für einen Dritten, und für eine alte Schuld schon alsdann angefochten werden, wenn der Verpfänder dolos handelte, für eine neue aber wenigstens in dem Fall, wenn auch der Pfandberechtigte den dolus theilte?

Wir glauben, nicht. Zwar zunächst und an sich nicht aus dem Grund, weil das Gesetz es nicht wörtlich zugesteht. Denn schon mehr als einmal haben wir zu bemerken Gelegenheit gehabt, das ein Grundsatz des ältern Rechts auch jetzt noch gelte, ob ihn schon das Gesetz nicht als geltend aufführt, weil es ihn wenigstens auch nicht in ausdrücklichen Worten oder dem Geiste nach verwirft. Allein gerade der Geist des Gesetzes dünkt uns der Paulianischen Klage in Rücksicht der Verpfändungen entgegen zu stehen.

Das Gesetz will, so viel möglich, vollkommene Sicherheit der Verpfändungen erreichen. Zu diesem Zwecke ordnet es die Oeffentlichkeit an, und die strengere Haftung der Behörde. Der Gläubiger, welcher sich ein Pfand geben läßt, soll aus dem Unterpfandsbuche alle Ansprüche möglicher Weise kennen lernen, die seinem Rechte entgegen stehen könnten. Alle Gerechtsame, selbst das Eigen-

---

9) l. 10. §. 13. l. 22. D. eod. Bolley l. c. §. 71. glaubt, ein für eine alte Schuld gegebenes Pfand könne nur dann angefochten werden, wenn der Schuldner den Gläubiger vor andern gleich wachsamen begünstigt. Es kann hier nicht der Ort seyn, diese Frage des ältern Rechts näher zu untersuchen. Sonst ließe sich wohl in Hinsicht der Zahlung ein ganz anderes Resultat aus den Gesetzen ziehen; wie sich auch, die Grundsätze bei der Zahlung als richtig vorausgesetzt, kurz nachweisen läßt, daß zwischen ihr und der Pfandbestellung keine Analogie eintreten dürfe, weil sie von den Gesetzen verworfen wird. (l. 6. §. 6. D. eod.)

thum nicht ausgenommen, sollen dem öffentlich eingetragenen Pfande nur alsdann schaden, wenn sie selbst in ein öffentliches Buch eingetragen worden waren.

Auf der andern Seite, wenn sie eingetragen wurden, soll die Obrigkeit, sobald sie den Eintrag vernachläßigte, für jeden aus der Nicht-Achtung entstehenden Schaden verantwortlich seyn. Eben so verantwortlich ist sie, wenn sie unbefugter oder unrichtiger Weise einen Eintrag vornimmt, und dadurch Nachtheil bringt, daß man im Vertrauen auf denselben hinleiht, während es sich später zeigt, daß das errichtete Pfand gar nicht oder nicht in der Maßen kräftig erscheint.

Die Gläubiger sollen demnach hauptsächlich durch die öffentlichen Bücher, und im Rückhalt durch strenge Verantwortlichkeit der Behörde gesichert seyn.

Würde aber eine Paulianische Klage gestattet, so würde, da der Grund der Anfechtung gewiß nicht in einem öffentlichen Buch eingetragen erscheint, ein Pfandrecht unwirksam gemacht, das auf gesetzliche Weise errichtet wurde, und wobei der Pfandberechtigte nirgendwo ersehen konnte, daß ein Grund vorhanden sey, der sein Pfandrecht schmälerte. Und troz dem hätte der Pfandgläubiger keinen Regreß an die Obrigkeit, weil sie ihm nicht für das einzustehen brauchte, was sie nicht weiß und nicht nothwendig wissen muß. Der Zustand der Ueberschuldung kann ihr eben so, wie der Dolus des Verpfänders, unbekannt seyn [10]). Der Gläubiger käme mithin durch die Paulianische Klage um sein Pfand, ohne daß ihn das Gesetz auf die eine oder die andere Art

---

10) Selbst wo er ihr nicht ganz unbekannt war, selbst wo sie Verdacht der Ueberschuldung geschöpft hat, ist sie, wie wir unten Nr. 5. sehen werden, nicht verantwortlich; und doch hätte sie da den meisten Grund zu fürchten, es möchte die actio Pauliana begründet seyn!

geschützt hätte. Dieser Verlust des Pfandrechts könnte nur für ein Unglück gehalten werden, das den leicht Vertrauenden durch die Inconsequenz des seinen Grundsätzen nicht treu gebliebenen Gesetzgebers traf. Doch wir, die wir das Gesetz vernünftig zu erklären haben, dürfen ihm keinen Rechtssatz durch Erklärung anfügen, der seinem Geiste so durch und durch widerstrebt.

Stünde aber auch der Geist des Gesetzes nicht hemmend vor uns, so müßten wir die Paulianische Klage dennoch zurückweisen, weil im vorliegenden Fall das Stillschweigen des Gesetzes aus einer Ursache herrührt, welche die Absicht des Gesetzgebers, die genannte Klage für die Zukunft abzuschneiden, klar an den Tag legt.

Der Gesetzes-Entwurf hatte keine einzige Bestimmung, welche auf die Paulianische Klage führen konnte; eben so wenig machte der ständische Ausschuß irgend einen dahin zielenden Vorschlag. Erst die ständische Commission wünschte die Einschaltung folgenden Satzes:

„Ausser diesen Fällen kann eine von einem insolventen Schuldner vorgenommene Verpfändung nur dann angefochten werden, wenn sie unter Umständen Statt hatte, aus welchen eine Begünstigung des Gläubigers vor einem andern Gläubiger unzweifelhaft hervorgeht [11])."

Als nun dieser Antrag von den Ständen berathen wurde, erklärte sich der Präsident der Stände dagegen, weil er „mit dem System der Specialtät unverträglich, und zur bekannten Controverse der Paulianischen Klage zurückführe." Der Regierungs-Commissär, welcher den Entwurf zu vertheidigen hatte, meinte, „durch den vorgeschlagenen Satz werde an der Paulianischen Klage, welche der Gesetzes-Entwurf habe umgehen wollen, gerüttelt werden, ohne die Sache zu erschöpfen." Der Präsident schlug hierauf vor, den Satz ganz wegzulassen,

11) Ständ. Verhandl. l. c. S. 296—297.

und dagegen zu den neuen Nichtigkeitsgründen hinzufügen: „Eben so kann, wenn die Unterpfands-Behörde aus dem Grund der Vermögens-Umstände des Schuldners eine Verpfändung einmal abgewiesen hat, sie keine neue Verpfändung mehr zulassen.“ Dieser Vorschlag gieng durch[12]).

Man sieht aus dieser Zusammenstellung, daß die Commission einen Antrag durchsetzen wollte, welcher die Paulianische Klage berührte, daß man aber gerade deßhalb entgegentrat, weil man die Paulianische Klage mit dem neuen Gesetze nicht vereinbarlich fand, und das Gesetz sie umgehen und abschneiden wollte; man sieht ferner, daß diese widerstrebende Meinung von den Ständen gebilligt wurde, und daß dieselbe, um den Zweck, welche ihre Commission erreichen wollte, auf eine andere Weise und mehr im Geiste des neuen Pfandsystems zu erreichen, einen andern Vorschlag genehmigte.

Also das Stillschweigen des Gesetzes ist kein einfaches, aus dem Grunde beobachtetes, weil sich dasselbe stillschweigend an das frühere Recht anschließen wollte, sondern ein aus Absicht und Berechnung hervorgegangenes, weil der Gesetzgeber die Paulianische Klage nicht gestatten, ja nicht einmal eine einzige sie berührende Bestimmung gestatten wollte.

5) Die Paulianische findet in Zukunft bei Verpfändungen, welche ein insolventer Schuldner mit dem Bewußtseyn der Insolvenz und zum Nachtheil anderer Gläubiger vornimmt, nicht mehr Statt. Die Verpfändung des Insolventen Schuldners kann nur nichtig seyn, entweder aus einem Grunde des ältern, wenn dem Verpfänder die Vermögens-Verwaltung entzogen, oder nach dem neuen Recht, wenn einer der im Gesetz angeführten Fälle in das Unterpfandsbuch eingetragen worden war. Wir wollen noch einen Augenblick bei der letztern Nichtigkeit verweilen.

---

12) Ständ. Verh. von 1823—24. 9s Heft. S. 748 — 749.

Sie findet Statt, wenn die Verpfändung nach dem Eintrag geschah. Es ist aber nicht gleichgültig, ob ein solcher Eintrag irgend einmal vorhanden war, und nicht mehr mit Kraft besteht, oder ob er noch mit voller Wirksamkeit erhalten ist. Denn das Gesetz sagt: „nach dem Eintrag und vor gesetzmäßiger Entfernung des Grundes desselben.“ Daraus geht soviel hervor, daß die Verpfändung gültig sey, wenn sie, obwohl nach dem Eintrag, doch auch nach gesetzmäßiger Entfernung seines Grundes vorgenommen wird.

Der Gründe des Eintrags sind nun vier, die Anzeige des Schuldners, der Antrag des Gemeinderaths an das Gericht, der Auftrag des Gerichts an den Gemeinderath, und eine Ablehnung einer Verpfändung aus Vermögens-Kenntniß. Denn gerade diese vier Begebenheiten sollen eingetragen werden, und ihr Eintrag begründet die Richtigkeit jeder spätern Pfandbestellung. Der Grund des Eintrags fällt mithin gesetzlich weg, wenn eine dieser Begebenheiten, welche ihn veranlaßt, vorhanden zu seyn aufhört. Wir wollen diese den Eintrag veranlassenden Thatsachen durchgehen.

a) Der Antrag des Gemeinderaths an das Gericht auf Vermögens-Untersuchung fällt weg, wenn der Gemeinderath den Antrag selbst wieder zurücknimmt, gleichviel aus welchem Grunde. Mag er erkennen, daß er sich übereilt habe, oder über den Zustand des Schuldners besser belehrt worden; wenn er nur den Antrag zurücknimmt, so ist mit dem Augenblick der Zurücknahme der gemachte Eintrag ohne Einfluß auf die nach der Zurücknahme erfolgende Verpfändung.

Der Antrag fällt ferner weg, wenn das Gericht ihn nicht genehmigt. Der Antrag ist dann als grundlos und verworfen, mithin gesetzlich als nicht verhanden zu betrachten. Jede nach der gerichtlichen Verwerfung vorgenommene Verpfändung bleibt gültig.

b) Hat das Gericht Auftrag zur Vermögens-Untersuchung gegeben, es wird aber entweder von dem Schuldner selbst oder von Andern zu einer entgegengesetzten Ueberzeugung gebracht, und nimmt den Auftrag zurück, so ist auch hier eine nach der Zurücknahme vorgenommene Verpfändung gültig.

Wird indessen zur Vermögens-Untersuchung wirklich geschritten, es zeigt sich aber am Ende, daß der Schuldner noch solvent ist, so daß kein Gannt-Verfahren eingeleitet werden kann, so hört auch mit dem Augenblick, wo das Gericht dieses Resultat der Untersuchung ausspricht, die Wirkung des von ihm vorher ertheilten Befehls völlig auf.

c) Die Anzeige der Insolvenz von Seiten des Schuldners verliert ihre Wirkung, sobald sie der Schuldner widerruft. Es reicht aber hin, wenn er sie einfach widerruft. Zwar kann der Gemeinderath oder das Gericht, des Widerrufs ungeachtet, einen Antrag auf Untersuchung stellen, oder einen Befehl zur Untersuchung geben. In jenem wie diesem Fall, kommt ein neuer Grund des Eintrags und der Nichtigkeit zum Vorschein. Allein der frühere Grund, die Anzeige, hat mit dem Widerruf ihre Wirkung und Kraft verloren, und wenn zwischen ihm und dem in das Unterpfandsbuch eingetragenen Antrag oder Befehl ein Pfand bestellt wird, so wirkt der frühere Eintrag der Anzeige keine Nichtigkeit.

d) Wo endlich der Grund des Eintrags in der Verweigerung der Obrigkeit bestand, eine Verpfändung zu bestellen, da hört der Eintrag nicht auf, seine Wirkung zu äussern, wenn die Obrigkeit ihn löscht, aus der Ursache, weil sie ihre frühere Kenntniß des Vermögens berichtigt glaubte, oder wenn sie richtig war, weil ihre jetzige Kenntniß von einem bessern Vermögen zeuge.

Es gibt hier nur eine einzige Art, den Eintrag unwirksam zu machen, wenn der Verpfänder, oder der ein Pfandrecht erwerben will, über die Verweigerung der

Behörde bei dem Gerichte Beschwerde führt, und das Gericht den Beschluß der Behörde entweder gleich im Anfang, oder nachher aufhebt. Von dem Augenblick der Aufhebung an, ist jede Verpfändung gültig. Der Schuldner aber, so wie jeder Pfandberechtigte, kann bei jeder Verpfändung das Gericht um Aufhebung des Beschlusses der Behörde angehen.

Wir behaupten, daß nur das Gericht durch Aufhebung dieses Beschlusses den deßhalb geschehenen Eintrag unwirksam machen kann, und wir behaupten es aus folgendem Grunde. Die Unterpfands-Behörde ist berechtigt, wie wir sogleich weiter (Nr. 6.) sehen werden, jede Verpfändung abzulehnen, wenn sie einen Nachtheil für andere Gläubiger fürchtet. Würde sie nun nach Willkühr, oder aus dem allgemeinen Grunde, sie kenne das Vermögen des Schuldners nun genauer, ihren frühern Beschluß selbst mit der Wirkung, die sein Eintrag hervorbringt, aufheben können, so gäbe es gar keine Norm, an welche die Behörde gebunden wäre. Sie könnte nach Willkühr, oder aus allgemeinen Ursachen, welche die Willkühr nicht im Mindesten ausschließen, Verpfändungen verweigern, und nachher gestatten, sie könnte den Schuldner beengen, und dann einen andern Pfandgläubiger begünstigen, ohne daß man hoffen könnte sich an ihre Verantwortlichkeit zu halten; weil in den meisten Fällen der Beweis, daß sie willkührlich gehandelt, beinahe unmöglich zu führen wäre. Vom Gesetzgeber darf man aber nicht annehmen, daß er eine solche nicht zu controllirende *) Willkühr habe sanktioniren wollen. Ist dagegen

*) Sie ist nicht wahrhaft zu controlliren; denn hätte sogar das Gericht den frühern Beschluß nach erfolgter Beschwerde bestätigt, so stünde es nachher der Behörde ja doch frei, wenn sie ihren frühern Beschluß selbst aufheben dürfte, aus dem Grunde der Kenntniß des Vermögens ihn wieder zurückzunehmen, und einen spätern Gläubiger zum Nachtheil der frühern zu begünstigen.

der Beschluß der Behörde und die Wirkung seines Eintrags an die Entscheidung des höhern Gerichts gebunden, so kann die Behörde, wenn sie den Beschluß einmal gefaßt und eingetragen hat, keinen nachfolgenden Gläubiger begünstigen. Eben weil sie das nicht kann, und durch ihren ersten Beschluß gebunden ist, wird sie auch diesen ersten Beschluß nur mit reiflicher Ueberlegung fassen *).

---

*) Nicht ohne Gewicht dürfte übrigens die Frage seyn, ob ein Pfandrecht, welches der Schuldner noch vor Aufhebung des in das Unterpfandsbuch eingetragenen Beschlusses der Behörde, aber nachdem bereits er oder der Gläubiger bei dem Gerichte Beschwerde geführt haben, bestellen läßt, oder ob ein nach gemachtem und eingetragenem Antrag oder nach erhaltenem und eingetragenem Auftrag zur Untersuchung entweder unter der Bedingung, daß beide zurückgenommen, oder daß das Gericht den Antrag nicht genehmigen würde, oder auch ohne die ausdrückliche Bedingung, aber nach erhobener Beschwerde gegen den Antrag der Behörde errichtetes Pfandrecht gültig und rückwärts gültig werde, wenn die Aufhebung wirklich erfolgt, der Auftrag oder der Antrag zur Untersuchung zurückgenommen, oder der Antrag nicht genehmigt wurde.

Wir tragen kein Bedenken, diese Frage bejahend zu entscheiden. Denn ist die ausdrückliche Bedingung gemacht worden, daß das Pfandrecht erst alsdann als gültig, d. h. als bestellt betrachtet werden soll, wenn das Hinderniß gehoben seyn wird, so ist ja die Bestellung, während das Hinderniß noch existirte, gar nicht vorgenommen worden, weil sie, sofern das Hinderniß als Hinderniß existirt, gar nicht als bestellt betrachtet werden soll. Wird dann später das Hinderniß gehoben, so tritt das Pfandrecht in Wirksamkeit; denn alsdann ist kein Hinderniß mehr vorhanden.

Wenn wir dasselbe indessen nach allgemeinen Grundsätzen über Bedingungen überhaupt kräftig werden lassen, so müssen wir es auch nach denselben Grundsätzen zurückziehen, und rückwärts kräftig werden lassen. Denn in der Regel; und wo nicht besondere Ausnahmen ausgesprochen sind, wird ein bedingtes Geschäft nach Eintritt der Bedingung rückwärts wirksam.

Ist dagegen die Verpfändung nach erhobener Beschwerde ohne ausdrückliche Bedingung, übrigens zu einer Zeit ge-

6) Das Gesetz spricht aus: „wenn die Behörde auf den Grund der Kenntniß von dem Vermögensstande des Schuldners eine Unterpfands-Bestellung schon einmal abgelehnt hat.“ Das Gesetz setzt demnach voraus, daß die Behörde eine Verpfändung ablehnen könne, doch nicht, daß sie es unbedingt könne. Sie kann es, aber nur aus

---

schehen, wo die Verweigerung der Behörde, oder ihr Antrag noch nicht vom Gerichte aufgehoben war, so muß man die Verpfändung doch so betrachten, als sey sie gleichsam unter der stillschweigenden Bedingung vorgenommen worden, daß die erhobene Beschwerde gebilligt, der Beschluß der Behörde aufgehoben und ihr Antrag zurückgewiesen werden würde. Darf man sie aber als unter einer Bedingung stillschweigend geschehen betrachten, so müssen auch alle Wirkungen eintreten, welche eine solche unter ausdrücklicher Bedingung des Aufhebens und Zurückweisens vorgenommene Verpfändung hat.

Die Unterpfands-Behörde kann jeden Eintrag löschen, sobald sein Grund gesetzlich weggefallen ist. Wir sagen nicht, sie hat die Verpflichtung. Denn, wie der Grund des Eintrags gesetzlich wegfällt, so fällt auch die Wirkung des Eintrags weg, ob er gelöscht sey oder nicht. In der Ordnung liegt es aber, daß der Eintrag, sobald er wirkungslos geworden ist, gelöscht werde, damit man aus dem Unterpfandsbuch ersehe, daß die Verpfändungen keinem Anstand mehr unterliegen.

Umgekehrt ist sie verpflichtet, den Eintrag nicht zu löschen, so lange sein Grund und seine Wirkung nicht aufgehört hat. Thut sie es doch, und es wird nachher eine Verpfändung vorgenommen, so bleibt dieselbe, troz der Löschung, ungültig. Denn die unbefugte Löschung der Behörde kann denen nicht schaden, welche durch den Eintrag ein Recht erlangt haben, daß keine Verpfändung mehr geschehen könne, bevor sein Grund gesetzlich beseitigt ist. Dieser Grundsatz muß, nach Analogie der unbefugten Löschungen von Pfandrechten und Vormerkungen, angenommen werden (Art. 222.). Dafür wird aber die Unterpfands-Behörde durch ihre unbefugte Löschung dem Gläubiger verantwortlich, der sich nach der Löschung ein Pfand bestellen ließ, und nun dessen verlustig wird.

Wie und auf welche Weise sie verantwortlich sey, werden wir auch über diesen Punkt später erörtern.

dem Grund der Kenntniß des Vermögens des Schuldners. Um diesen Ausspruch zu verdeutlichen, setzen wir einen von der ständischen Commission gemachten, von den Ständen gebilligten, und von der Regierung genehmigten, doch in eine Instruction verwiesenen Antrag hieher. Er lautet:

„Die Unterpfands-Behörde ist zur Ablehnung einer Verpfändung berechtigt, wenn sie von Verwilligung derselben einen Nachtheil für andere gleichberechtigte Gläubiger befürchtet, ohne daß sie jetzt schon einen Antrag auf Vermögens-Untersuchung begründet findet *)."

Wo mithin die Behörde fürchtet, es möchte die Verpfändung andern gleichberechtigten Gläubigern einen Nachtheil bringen, da kann sie die Verpfändung verweigern. Ihre Furcht muß aber begründet seyn, und zwar, wie sie auch in nichts Anderm begründet seyn kann, in der Kenntniß des Vermögens des Schuldners. Diese Kenntniß braucht keine genaue zu seyn. Denn müßte sie genau seyn, so würde ja die Behörde auch wissen, ob ein Antrag auf Vermögens-Untersuchung begründet wäre. Es reicht eine allgemeine Kenntniß, ein starker Verdacht hin; denn gerade der Verdacht ist, welcher die Furcht des Nachtheils erzeugt. Welche Thatsachen aber einen solchen Verdacht, und durch ihn eine Furcht erzeugen, ist durchaus dem Nachdenken und der Gewissenhaftigkeit der Behörde überlassen. Unser Gesetz schreibt dafür keine Norm vor, wie sich denn auch keine vorschreiben läßt.

Dem Schuldner und Gläubiger bleibt es aber überlassen, sich an das Gericht zu wenden, um die Aufhebung des Beschlusses der Unterpfands-Behörde zu bewirken. Das Gericht hat dann zu prüfen, in wie fern die Ueberzeu-

---

*) Ständ. Verhandl. von 1823—24. 3tes ausserordentl. Beil.-Heft. 2te Abthlg. S. 297. 388. 439.

gung dieser Behörde begründet, oder grundlos war, und dem gemäß ihren Beschluß zu bestätigen oder aufzuheben.

Daß übrigens die Unterpfands-Behörde die Pflicht hat, gewissenhaft zu verfahren, nicht auf jedes leichte Gerücht hin, auf jede Sage eine solche dem Credit und Ruf des Schuldners nachtheilige Verfügung zu treffen, versteht sich von selbst; nicht weniger, daß sie ihm und seinem Gläubiger für Schaden und Kosten, dem Schuldner namentlich wegen Schadens durch Erschütterung seines Credits, je nach Umständen auch wegen Injurie verantwortlich sey, wenn sie leichthin, grundlos eine solche Maaßregel trifft.

Sollte übrigens die Unterpfands-Behörde ihrer Furcht ungeachtet ein Unterpfand bestellen, und dadurch ein Schaden entstehen:

> „so kann," wie der von der Regierung genehmigte Antrag der Stände lautet, „die Verpfändung weder angefochten, noch einer Entschädigungs-Klage deßhalb gegen die Unterpfands-Behörde Statt gegeben werden."

Gerade, weil die Behörde ihren Beschluß nur vorsichtig fassen darf, gerade, weil sie bei einer Uebereilung und Nachläßigkeit verantwortlich, muß sie auch, wenn sie ihrer eigenen Sicherheit willen die Gefahr einer Maaßregel nicht übernehmen will, weil ihr ihre Rechtmäßigkeit zweifelhaft erscheint, frei ausgehen. Sie geht aber unbedingt frei aus. Denn das Gesetz spricht sie unbedingt frei, wenn sie die Verpfändung nicht ablehnt; so daß wir sagen können, sie sey zu einer Ablehnung berechtigt aber nicht verpflichtet.

Hat sie aber die Maaßregel ergriffen, und die Verpfändung einmal abgelehnt, so muß sie diesen Beschluß in das Unterpfandsbuch eintragen, und darf nachher keine weitere Verpfändung vornehmen lassen, da jede nachher vorgenommene Verpfändung, wie wir gesehen haben, ungültig ist.

Insbesondere bei Verpfändung des Eigenthums einer Frauens-Person für eine fremde Schuld.

Art. 21.

Eine Frauensperson, unter Beiziehung ihres Kriegs-Vogts, kann ihr Eigenthum für eine fremde Schuld nur unter der Voraussetzung gültig verpfänden, daß sie entweder von der versammelten Unterpfands-Behörde, oder von einer, wenigstens aus drei Mitgliedern bestehenden Deputation derselben, über die rechtlichen Wirkungen der Verpfändung belehrt worden sey, und auf die ihr in dieser Beziehung zustehenden Rechts-Wohlthaten ausdrücklich Verzicht geleistet habe.

Das Erforderniß einer besondern Bekräftigung des erwähnten Verzichts, durch Angelobung an Eidesstatt, ist hiemit aufgehoben.

Art. 22.

Diese Bestimmungen sind auch auf Ehefrauen anwendbar. Wird das Eigenthum einer solchen für eine Schuld des Ehemannes verpfändet; so ist die Zuziehung eines gesetzmäßig bestellten besondern Geschlechts-Vormunds nothwendig.

Bei der Schuld eines Dritten genügt es an der Beistimmung des Ehemannes, als gesetzlichen Kriegs-Vogts.

Art. 23.

Insonderheit kann bei Ehen, wo keine allgemeine Gütergemeinschaft Statt findet, ein der Ehefrau

eigenthümlich zugehöriges Grundstück, für eine den Ehemann ausschließend angehende Schuld, nur unter den hievor bemerkten Voraussetzungen rechtsgültig verpfändet werden.

Eben dieses tritt ein, wenn das Eigenthum der Ehefrau im Falle einer von den Ehegatten gemeinschaftlich übernommenen Verbindlichkeit auch für den Antheil des Ehemannes verpfändet werden soll.

Wird hingegen ein dem Ehemann zugehöriges Gut für eine gemeinschaftliche Schuld verpfändet; so erstreckt sich das Unterpfand auch ohne besondere Erklärung des Ehemannes auf die ganze Schuld.

Art. 24.

Wenn bei einer zwischen den Ehegatten bestehenden Errungenschafts-Gemeinschaft eine Schuld im Interesse dieser Gemeinschaft übernommen wird; so kann der Ehemann auch ohne die Ehefrau die unter der Errungenschaft begriffenen Grundstücke vollgültig verpfänden.

Art. 25.

Gleiches findet bei der allgemeinen, ehelichen Güter-Gemeinschaft, selbst in Ansehung der von der Ehefrau in die Ehe gebrachten Vermögenstheile Statt, in so fern nicht das Verwaltungsrecht des Ehemannes entweder durch gesetzliche Bestimmung oder durch Vertrag beschränkt ist.

Art. 26.

Ist die erkennende Behörde im Zweifel, ob in der Ehe des Verpfänders eine allgemeine Güter-Gemeinschaft Statt finde, oder nicht; so liegt ihr ob, hierüber vor allen Dingen zuverläßige, amtliche Erkundigung einzuziehen.

---

1) Nach dem bisherigen Recht mußte eine Frauensperson, so sie „liegende Güter, oder etwas Namhaftes und Ansehnliches von fahrender Hab verändern, ihre Güter mit Zinsen und Gülten beschweren, oder einigen andern Contrakt und Handthierung treffen wollte," einen Geschlechts-Vormund, Kriegs-Vogt, als Bestätiger und Rathgeber zur Seite haben [1]). Natürlicher Weise war dann auch eine von ihr vorgenommene Verpfändung an den Beistand des Vogtes gebunden, besonders wenn dieselbe mit unbeweglichen Gütern vorgenommen wurde [2]). Ohne ihn wäre die Verpfändung, der allgemeinen Regel gemäß [3]), kraftlos gewesen, sobald die Verpfänderin es für räthlich gehalten hätte, sie ihres eigenen Vortheils Willen nicht gelten zu lassen. War die Frau verheirathet, so galt der Ehemann auch für den Vogt, es mußte denn seyn, daß es ein Geschäft betraf, wobei der Mann selbst interessirt und die Frau durch ihn „beredt oder gezwungen" seyn konnte. Alsdann sollte sie einen eigenen Kriegs-Vogt haben, der übrigens ohne gerichtliches Erkenntniß kein Geschäft bekräftigen mochte, bei welchem die Frau eine 100 fl. übersteigende Verbindlichkeit übernahm [4]).

---

1) Landr. Thl. 2. Tit. 29. §. 2. Danz, teutsches Privatrecht Thl. 7. S. 172 — 173.

2) Bolley l. c. §. 67.

3) Danz, teutsches Privatrecht l. c. S. 173. u. f. Pfitzer, Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber Thl. 2. §§. 10. 11.

4) Landrecht, Thl. 2. l. c.

Diese Grundsätze sind auch im Allgemeinen durch das neuere Gesetz bestätigt worden. Soll eine Frauensperson für eine eigene oder fremde Schuld gültig und mit durchgehender Sicherheit für den Gläubiger verpfänden, oder, was natürlich gleichviel sagt, einen wirksamen Pfandrechts-Titel ertheilen können, so muß ein Kriegs-Vogt beitreten, den in der Regel allerdings der Mann vorstellt; ausnahmsweise, und wo er interessirt ist, da ist der Beitritt eines besondern Vogts erforderlich.

Wo dieser aber beigetreten ist, da kommt auf die Größe der von der Frau übernommenen Verbindlichkeit nichts mehr an. Mag diese über oder unter 100 fl. betragen, so bedarf es jetzt, nachdem das frühere Recht hierin ausdrücklich abgeändert worden ist, keines gerichtlichen Erkenntnisses[5]). Wenn also die Frau ihre eigenen Sachen für eine mehr denn 100 fl. betragende Schuld des Mannes verpfändet, und der ihr besonders zugetheilte Kriegs-Vogt tritt der Verpfändung bei, so ist an ihrer Gültigkeit von dieser Seite nicht mehr zu zweifeln.

Hat eine Frauensperson eine Verpfändung ohne irgend einen Kriegs-Vogt, oder ohne den gesetzmäßigen, vorgenommen, oder einen Pfandrechts-Titel gegeben, so ist jener und dieser nicht durch und durch ungültig, sondern nur alsdann, wenn die Frau es für räthlich hält, jene anzufechten und diesem nicht auf verbindliche Weise zu genügen. Denn das neue Gesetz hat auf den Punkt das ältere Recht nicht verworfen, sondern stillschweigend vielmehr sich ihm angeschlossen.

Nach den bisherigen Rechtsansichten gab es indessen verschiedene Ausnahmen, in welchen die Frau auch ohne Kriegs-Vogt gültiger Weise handeln konnte. Sie konnte

---

5) Landr. Thl. I. c. verglichen mit dem Gesetz die Ergänzung einiger Bestimmungen des Pfandgesetzes betreffend Art. 2.

z. B. vollgültig ohne Vogt ein Testament errichten und andere letztwillige Verfügungen treffen; eine von ihr eidlich übernommene Verbindlichkeit war auch ohne Vogt gültig 6). Daß nun diese Ausnahmen auch jetzt noch bei der Verpfändung eintreten, leidet wohl keinen Zweifel. Denn unser vorliegendes Pfandgesetz hat, indem es die ältere Regel bei der Verpfändung wiederholt, oder gewissermaßen nur darauf anwendet, die Ausnahmen nicht gemißbilligt *).

2) Ist, was den Kriegs-Vogt anbelangt, kein Mangel vorhanden, d. h. hat der gesetzmäßige Kriegs-Vogt seinen Zutritt erklärt, oder bedarf es ausnahmsweise desselben gar nicht, so kann die Verpfändung einer Frau für ihre eigene Schuld keinem weitern Angriff zunächst ausgesetzt seyn. Doch reicht die Zustimmung des Kriegs-Vogts nicht hin, wenn die Frau für eine fremde Schuld ein Pfandrecht bestellt. Wir sondern hier aber zwei nach dem Zustande, in welchem eine Frau leben kann, verschiedene Fälle.

I.) Die Verpfänderin ist unverheirathet oder verheirathet, aber das Pfand wird nicht für ihren Ehemann, sondern für einen Dritten bestellt.

Es ist bekannten Rechtens, daß die Verpfändung einer Frau für eine fremde Schuld eine Art von Intercession enthalte, und, wie diese, wirkungslos sey. Diese Wirkungslosigkeit wird aber durch das Recht selbst, oder vermittelst einer Einrede herbeigeführt. Das Erstere tritt da ein, wo die Intercession und also auch ihre Unterart,

---

6) Man sehe über diese Ausnahmen Danz l. c. S. 174—180. Pfitzer l. c. §§. 13—29. Griesinger, Commentar zum Würtemb. Landrecht Thl. 4. S. 1180—1186.

*) Wenn daher eine Frau stürbe, und einen Pfandrechts-Titel hinterließe, so könnte der Erbe den Mangel des Kriegs-Vogts nicht entgegenhalten; er müßte sich im Gegentheil die Verpfändung in Folge des von der Erblasserin zugestandenen Titels gefallen lassen.

die Verpfändung, schon an sich nichtig ist, weil sie in keinem öffentlichen Instrument vorgenommen [7]), das Zweite dann, wenn sie vermöge einer öffentlichen Urkunde errichtet wurde. Nach dem bisherigen Rechte, welches Privatpfänder kannte, war diese Bestimmung auch bei Verpfändungen wichtig. Unser Gesetz dagegen kennt kein anderes Unterpfand, als welches öffentlich unter Mitwirkung der Obrigkeit bestellt wird. Sofern also nach dem neuern Gesetz ein Unterpfand überhaupt vorhanden ist, in so fern ist auch das öffentliche Instrument vorhanden, wodurch das Pfandrecht bestellt wurde, das Unterpfandsbuch mit den Unterschriften, oder das Unterpfandsbuch und der Pfandschein mit den nöthigen Unterschriften. Demnach fällt die angeführte Art von Nichtigkeit des ältern Rechts schon durch die Art der Pfandbestellung hinweg.

Die Frage von der Gültigkeit der Verpfändung muß also jetzt blos von Seiten der Einrede aus dem Senatus-Consult beurtheilt werden [8]).

Diese Einrede ward der Frau in der Regel gegeben, und ihr nur in gewissen Fällen zur Ausnahme entzogen.

Sie fand aber unter allen Umständen der eingeführten Praxis gemäß nicht Statt, wenn die Frau bei der Verpfändung ihr entsagte, ohne daß diese Entsagung gerichtlich, eidlich vor sich zu gehen brauchte, oder eine vorgängige Belehrung oder eine öffentliche Urkunde wesentlich gewesen wären [9]).

---

7) l. 23. C. ad. Sctum Vellej. (4, 29.) Thibaut, civil. Abhlg. S. 129.

8) Der Pfandrechts-Titel bedarf zwar keiner öffentlichen Urkunde; allein sofern er nur das Versprechen zur Verpfändung, noch nicht die Verpfändung, die Intercession selbst enthält, so hängt natürlich sein Werth oder Unwerth von dem rechtlichen Werth der Verpfändung ab. Eine Frau, welche sich gegen eine vorgenommene Verpfändung schützen kann, muß sich durch dieselbe Einrede noch mehr gegen eine vorzunehmende, also gegen den Titel schützen können.

9) Pfitzer l. c. §§. 234—237. Bolley l. c. §. 43.

Hierin hat nun das vorliegende Gesetz die Aenderung gemacht, daß die Frau, wenn sie eigene Sachen für eine fremde Schuld durch Entsagung gültig verpfänden soll, vor der Unterpfands-Behörde, oder einer, aus wenigstens drei Mitgliedern bestehenden, Deputation, nach specieller Belehrung über die Wirkungen der Verpfändung, ausdrücklich entsagen müsse. Das neue Gesetz weicht mithin vom ältern Recht dadurch ab, daß es:

a) eine Entsagung vor einer Behörde oder einer Deputation derselben verlangt, während sich das frühere Recht mit dem einfachen auffergerichtlichen Verzicht begnügte;

b) die Forderung macht, sie solle vorher über die Wirkung der Verpfändung namentlich belehrt werden, und den ihr zukommenden Rechtswohlthaten ausdrücklich entsagen, während es früher hinreichte, wenn der Pfandgläubiger nur nachzuweisen vermochte, daß sie ihre Rechtswohlthaten sonst kannte.

Noch haben wir davon zu reden, ob nicht ein die Belehrung und den Verzicht betreffender Eintrag in das Unterpfandsbuch wesentlich sey, und die Gültigkeit des Verzichts davon abhänge? An sich kann man diese Frage wohl nicht bejahen. Denn ist die Belehrung und Entsagung nur vor sich gegangen, so scheint dem Gesetze genügt. Für den besondern Eintrag ist zunächst kein Grund vorhanden. Allein der den Ständen vorgelegte Entwurf enthielt die Bestimmung: „daß, und wie dieß (die Belehrung und der Verzicht) geschehen, muß in dem Unterpfandsbuche bemerkt werden.“ Auch die Stände verlangten das Anmerken der Belehrung in diesem Buche oder in dem Rathsprotokoll, und die Regierung selbst erklärt auf die ständischen Anträge, „daß auch die Bemerkung des Verzichts nothwendig erscheine [10]).“ Daraus

10) Ständ. Verh. von 1823—24. 3tes ausserord. Beil.-Heft. 1e Abthlg. S. 8. 2e Abthlg. S. 388. u. 439.

ließe sich vielleicht folgern, es sey ein solcher Eintrag wesentlich, zur Form gehörig. Dennoch wäre die Folgerung unrichtig, aus dem einfachen Grunde, weil unser Gesetz einen solchen Eintrag nicht fordert. Mag nun die früher in den Entwurf aufgenommene Bestimmung, aus welcher Ursache es sey, unterblieben seyn, so können wir immerhin nur soviel behaupten, das Gesetz müßte der Eintrag als wesentlich und zur Form gehörig aufführen, wenn er wesentlich zur Form gehören sollte. Gehört er aber nicht zur Form, und bleibt das Pfandrecht auch ohne den Eintrag gegen die Einrede der Frau gültig, sofern die vor der Behörde oder ihrer Deputation geschehene Belehrung und der geleistete Verzicht sonst erwiesen werden, so ist jene Bemerkung in dem Unterpfandsbuche oder dem Protokolle gerade dieses Beweises halber sehr dienlich.

Die Frau soll vor versammelter Unterpfands-Behörde entsagen; sie soll also vor der Behörde entsagen, die, wie sie versammelt ist, als Unterpfands-Behörde erscheinen kann, also vor gehörig besetzter Unterpfands-Behörde.

Nur wenn sie vor einer Deputation dieser Behörde entsagt, sollen drei Mitglieder hinreichend aber auch zum Mindesten gegenwärtig seyn.

Sie soll ihren Rechtswohlthaten ausdrücklich entsagen. Es genügt mithin keine allgemeine Entsagung, z. B. auf alle ihr etwa zustehenden Einreden; sondern der Verzicht muß ausdrücklich auf die Wohlthaten gerichtet seyn, welche den Frauen zustehen, sofern sie sich für andere verbindlich machen, intercediren und verpfänden.

Dieser Verzicht wird erst nach vorgängiger Belehrung über die Wirkungen der Verpfändung gültig geleistet. Unter diese Wirkungen gehört nicht blos der Nachtheil, der für sich mit der Verpfändung verbunden ist, sondern auch die Folgen, welche das Gesetz an eine von einer Frau vorgenommene, und eine fremde Schuld sichernde Verpfändung geknüpft hat. Sie muß über den

Nachtheil der Verpfändung und die ihr, als Intercedentin zustehende Einrede belehrt werden, und hierauf dieser Einrede ausdrücklich entsagen.

Hat die Frau nicht vor versammelter Unterpfands-Behörde, oder einer Deputation derselben verzichtet, oder war die Behörde nicht gehörig besetzt, oder bestand ihre Deputation nicht aus wenigstens drei Mitgliedern; wurde die Frau nicht vorher, wie sie sollte, belehrt; hat sie endlich nicht ausdrücklich auf die ihr zukommenden Wohlthaten verzichtet, so steht ihr die Einrede gegen die Verpfändung immerfort zu.

Es steht ihr die Einrede zu, aber die Verpfändung ist nicht an und für sich ungültig. Zwar sagt das Gesetz: „eine Frauensperson könne nur dann gültig verpfänden.“ Allein darin liegt blos, daß sie die Gültigkeit der Verpfändung durch eine Einrede erschüttern könne, übrigens durchaus nicht, daß wenn eines der gesetzlichen Requisite fehle, die Verpfändung nichtig sey. Denn das Gesetz bezieht sich offenbar, seiner ganzen Fassung nach, auf das bisher geltende Recht. Es spricht von einem Verzicht auf die zustehenden Rechtswohlthaten, zeigt dadurch, daß die Frau nur alsdann ihre Rechtswohlthaten nicht ansprechen dürfe, wenn sie in gesetzlicher Form verzichtete, gibt aber eben hiemit zu verstehen, daß, wo sie nicht, oder nicht, wie sie mußte, verzichtete, ihr die Wohlthaten auch fortan zustünden. Diese Wohlthaten bezeichnet das Gesetz nicht näher, sondern begnügt sich, die „ihr in der Beziehung zustehenden Wohlthaten“ zu nennen. Das Zustehen gewisser Wohlthaten wird also vorausgesetzt, und diese Wohlthaten können demnach auch nicht anders zustehen, als sie vorausgesetzt werden. Sie werden indessen vorausgesetzt, als zustehend nach dem bisherigen Recht. Wie sie folglich diesem gemäß der Frau überhaupt zustehen, so stehen sie ihr jetzt noch zu, wenn sie nicht nach der Vorschrift des Gesetzes darauf verzichtete. Begreifen nun diese Wohlthaten nichts an-

ders als eine Einrede, so begreifen sie auch jetzt nur eine Einrede — durchaus aber keine Nichtigkeit.

Die Ansicht wird noch bestätigt durch die Bemerkung des ständischen Ausschusses:

„Hier ist nur in so fern eine Abweichung von den bisherigen Gesetzen, als die Förmlichkeiten .....vereinfacht sind, und namentlich die eidliche Entsagung ..... nicht mehr gefordert wird."

Also auch der Ausschuß, und mit ihm einverstanden die ständische Commission [11]), nahmen an, daß der Entwurf, welcher zum Gesetz wurde, blos die Form der Entsagung abändere, aber nicht in das Wesen der frühern Rechtsgrundsätze eingreife; was geschehen würde, so man der Frau, wenn die Förmlichkeiten ganz oder theilweise fehlten, keine Einrede gäbe, sondern das Pfandrecht an sich für nichtig erklärte.

Daran knüpft sich leicht folgende Betrachtung.

Abgesehen davon, daß die Frau der Einrede entsagen konnte, fand dieselbe auch ausnahmsweise, je nach den Umständen, mehrfach keine Anwendung [12]). Daß nun jene Ausnahmsfälle auch jetzt noch mit der alten Wirkung eintreten können, dürfte, unsers Glaubens, über alle Zweifel gewiß seyn. Das neue Gesetz hat an den Grundsätzen des ältern Rechts nichts geändert, und nur die Form der Entsagung näher bestimmt; es hat mithin auch die singulären Bestimmungen des frühern Rechts, wonach die in der Regel zustehende Einrede nicht zustehen soll, nicht aufgehoben. Ob aber gleich das Gesetz im Eingange sagt, eine Frau könne ihr Eigenthum nur dann gültig verpfänden, wenn sie unter einer gewissen Form

---

11) Ständ. Verhandl. l. c. 1e Abthlg. S. 129. 2e Abthlg. S. 247.

12) Ueber die Ausnahmen sehe man Ulrich Huber, praelect. ad Pand. lib. 16. Tit. 1. §. 9. u. f. Pfitzer l. c. Thl. 2. §§. 218—244. Bolley l. c. §. 43. Thibaut, P. R. Thl. 2. §§. 947. u. 948.

ihren Wohlthaten entsage, so liegt darin doch kein Vernichten der ältern Singularitäten, sondern eine bloße Wiederholung der frühern Regel mit näherer Bestimmung einer frühern, durch die Praxis eingeführten Besonderheit. Noch weniger kann für das Gegentheil angeführt werden, daß, eben weil das Gesetz nur Eine der frühern Ausnahmen aufführe, die andern nicht mehr anerkannt seyen. Denn der Gesetzgeber fand Gründe genug, die einzelne Ausnahme aufzuführen, um die bestrittene Form der Entsagung gesetzlich zu regeln und den Eid zu entfernen; ohne daß man anzunehmen hätte, es führe sie deßhalb allein an, um die andern für die Zukunft auszuschließen. Hat doch der Gesetzgeber nicht einmal die alte Regel mit ausdrücklichen Worten wiederholt; er setzt sie gleichsam nur voraus, und läßt diese Voraussetzung durch nähere Festsetzung der Verzichts-Form an den Tag kommen. Zum deutlichen Beweis, daß es nicht in seiner Absicht war, an dem Bestehenden zu ändern, und dasselbe in etwas anderm zu modificiren, als gerade in den viel bestrittenen Förmlichkeiten des Verzichts.

II.) Die Frau hat für ihren Mann verpfändet. Eine solche Verpfändung war nach dem bisherigen Recht, auch wo ihr eine öffentliche Urkunde zu Grunde lag, durchgehends nichtig, es wäre denn, daß sie den Nutzen davon gehabt hätte [13]).

Wollte sie aber, ihrem Manne gegenüber, den ihr zukommenden Rechtswohlthaten, oder der Auth. si qua mulier entsagen, so mußte es unserm bisherigen Rechte zufolge nach vorgängiger Belehrung namentlich, gerichtlich und eidlich geschehen [14]).

---

13) Nov. 134. c. 8.

14) General-Resc. vom 24. Mai 1663. bei Hochstetter Thl. 1. Pfitzer l. c. §. 235. Volley l. c. §. 44. Griesinger, Comment. l. c. S. 1165. u. 1168.

Von dieser Förmlichkeit der Entsagung hat das neue Gesetz den Eid, oder die eidliche Angelobung überflüssig gemacht, dagegen die vorhergehende Belehrung, das ausdrückliche Entsagen, und das Entsagen vor der Behörde beibehalten, so daß die Entsagung, wenn die Frau für einen Fremden, der nicht ihr Mann ist, verpfändet, mit mehr, wenn sie aber für ihren Mann verpfändet, mit weniger Förmlichkeiten geschieht, als bisher rechtlich erfordert wurden *).

---

*) Das übrigens versteht sich hier, wie bei einer für Andern als den Ehemann geschehenen Verpfändung, von selbst, daß die sonst ausnahmsweise gültigen Verpfändungen auch jetzt noch gelten. Welche Ausnahmen indessen früher Statt fanden, darüber sind die Meinungen getheilt; indem Einige solche Bürgschaften der Frau für gültig erklären, welche, wären sie für einen Fremden und nicht den Mann geleistet worden, gültig gewesen seyn würden, und nur der Wiederholung keine Kraft geben, weil sie ihr vom Gesetze ausdrücklich entzogen ist (Hug. Donell, Comment. jur. civ. l. 12. c. 32. Pfitzer l. c. §. 247.).

Allein das Gesetz erklärt die Bürgschaft für den Ehemann gerade eben so für nichtig, wie es früher jede Bürgschaft, die sich auf kein öffentliches Instrument stützte, für nichtig erklärte, und wie es bei der letztern nur wegen des Empfangs einer Belohnung eine Ausnahme eintreten ließ, so läßt es jetzt hier nur den Nutzen der Frau einen Einfluß auf die Gültigkeit ausüben (Thibaut, civil. Abhlg. S. 129—130.).

Nur der Dolus der Frau würde noch die Bürgschaft, also hier die Verpfändung aufrecht erhalten. Denn wollte man auch die Verpfändung nicht gelten lassen, so würde ja die Frau geradezu ex dolo belangt werden können. Stünde aber dem Pfandberechtigten die actio doli zu, so müßte ihm nicht weniger die exceptio doli zugestanden werden, womit er als Replik die aus dem Sctum Velleianum hergeleitete Einrede zu entkräften vermöchte. Eine Art des Dolus ist es dann, wenn die Frau dem Mann ihre Güter, als wären sie sein, wissentlich verpfänden läßt. Das bloße Schweigen der Frau reicht aber hin, um ihren Dolus zu beurkunden (anderer Meinung ist Volley l. c.

3) Das Gesetz sagt: „es könne bei Ehen, wo keine allgemeine Güter-Gemeinschaft Statt finde, ein der Ehefrau eigenthümlich zugehöriges Gutsstück für eine den Ehemann ausschließend angehende Schuld nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen rechtsgültig verpfändet werden."

Die gesetzlichen Förmlichkeiten müssen allenthalben vorhanden seyn, wo keine allgemeine Güter-Gemeinschaft Statt findet. Sind sie aber vorhanden, so kommt weiter nichts darauf an, in welchem ehelichen Güter-Verhält-

---

§. 44. Allein, wo nicht l. 11. C. de distr. pign. so doch l. 5. C. ad Sct. Vell. (4. 29) verbürgt die von uns aufgestellte Behauptung.).

Sonst und allenthalben, wo keiner von diesen zwei Fällen vorhanden, noch eine Entsagung überhaupt, oder in gesetzlicher Form vorgenommen wurde, da ist die Verpfändung nicht blos durch eine Einrede entkräftbar, sondern wie nach dem bisherigen jetzt auch anwendbaren Rechte (Gmelin, Ordnung der Gläubiger §. 84.) nichtig.

Es macht aber an sich keinen Unterschied aus, ob die Schuld, wofür die Frau ein eigenes Gut verpfändet, ganz des Mannes ist, oder ob auch sie einen Theil derselben zu tragen hat. Sobald das Gut für die ganze Schuld verpfändet wird, so ist die Verpfändung für den Theil derselben, welcher den Mann trifft, nur unter den gesetzlichen Förmlichkeiten gültig. Wenn daher eine Schuld im Interesse der Errungenschafts-Gesellschaft contrahirt, und von der Frau für diese Schuld ein ihr zugehöriger Gegenstand verpfändet wird, so muß die Verpfändung, soll das Pfandrecht auch für den Theil der Schuld gelten, welcher den Mann angeht, mit der gesetzlich vorgeschriebenen Form des Verzichtes vorgenommen werden. Hierin stimmt das neue Gesetz zwar nicht mit dem ältern Rechte, wohl aber mit der ältern Praxis überein (Bolley l. c. §. 44. Weishaar, Würtemb. Privatrecht Thl. 2. §§. 515. u. 516.).

Nicht weniger stimmt es mit den bisherigen Grundsätzen überein, daß umgekehrt, wo der Mann seine eigene Sache für eine gemeinschaftliche, d. h. für die eheliche Gesellschaft übernommene Schuld verpfändet, das Pfandrecht sich auf die ganze Schuld erstrecken soll, obgleich der Mann nur Schuldner zur Hälfte ist (Bolley l. c. §. 63.).

nisse die Frau lebe, noch welche Eigenschaft die verpfändeten Güter haben. Gehörten sie auch zur Dos, und würde das Güter-Verhältniß ein gemeinrechtliches, keine Errungenschaft-Gesellschaft seyn, so wäre die Verpfändung derselben doch gültig. Denn das Gesetz ordnet, ausser der allgemeinen Güter-Gemeinschaft, gewisse Förmlichkeiten an, gestattet aber auch unter ihrer Voraussetzung die Verpfändung durchgehends, ohne zwischen den verschiedenen Arten des ehelichen Güter-Verhältnisses, oder der Eigenschaft der Güter zu unterscheiden [15]).

Nur alsdann bedarf es der Förmlichkeiten nicht, wenn Frau und Mann in einer allgemeinen Güter-Gemeinschaft leben. Denn unter dieser Voraussetzung kann der Mann nicht nur die während der Ehe erworbenen, sondern auch „die von der Frau in die Ehe gebrachten Vermögenstheile" allein, und ohne das Hinzutreten der Frau gültig verpfänden.

Diese Bestimmung ist dem bisherigen Rechte durchaus angemessen. Denn auch diesem zu Folge hat der Mann die Verwaltung des Vermögens, und mit ihr die Befugniß zu veräussern oder zu verpfänden [16]).

Unser Gesetz macht die Ausnahme, „sofern nicht das Verwaltungs-Recht des Ehemanns durch gesetzliche Bestimmung oder Vertrag beschränkt sey." In so fern sein Recht in Hinsicht der Veräusserung, namentlich unbeweglicher Güter beschränkt wäre [17]), in so fern könnte er auch

---

15) Wenn daher sonst die Verpfändung der unbeweglichen Dotalgüter auch mit Einwilligung der Frau in der Regel unstatthaft gewesen wäre (l. un. §. 15. C. de rei uxor. act. Thibaut, P. R. Thl. 1. §§. 448. u. 449. Pfitzer l. c. Thl. 1. §. 117., so ist sie doch jetzt unter den gesetzlichen Förmlichkeiten gestattet.

16) Danz, teutsches Privatrecht Bd. 6. S. 406—409. Pfitzer l. c. Thl. 1. §§. 60 — 65. Eichhorn, Einleitung in das teutsche Privatrecht §. 306.

17) Eichhorn l. c. am Ende.

nicht einseitig mit voller rechtlicher Wirkung verpfänden. Die Beschränkung kann aber allgemein, oder nur in Beziehung auf eine einzelne Handlung oder einen einzelnen Gegenstand Statt finden. So ist es bekannt, daß die Frau gegen einzelne Veräusserungen Protestation einlegen oder einzelne Güter von der Gemeinschaft ausgenommen haben kann; hat sie nun das gethan, so darf der Mann nicht mehr einseitig verpfänden [18]).

Wo nun aber der Mann auf irgend eine Weise beschränkt ist, da muß die Einwilligung der Frau hinzukommen. Diese Einwilligung kann in der Regel eine ganz einfache seyn, weil die Frau, welche in einer allgemeinen Güter-Gemeinschaft steht, der Regel nach für alle Schulden des Mannes haftet, eine Verpfändung für diese Schulden mithin keine Interceſſion enthält, also auch nicht an die Förmlichkeit solcher Verpfändungen gebunden seyn kann, welche in das Gebiet der Interceſſion fallen. Ausnahmsweise nur, wenn die zu Grund liegende Schuld nicht als Schuld der Frau angesehen werden darf, würde eine Verpfändung dafür nicht durch ihre bloße Einwilligung gültig, sondern erst durch den nach der gesetzlichen Vorschrift ertheilten Consens und geleisteten Verzicht [19]).

4) Was bei der allgemeinen Güter-Gemeinschaft Rechtens ist, das ist auch in soweit bei der Errungenschafts-Gesellschaft anzuwenden, als der Mann Güter, welche zum Errungenen gehören, einseitig und ohne Einwilligung der Frau verpfänden kann. Diese Befugniß stand ihm auch nach dem bisherigen Rechte zu, und zwar unbedingt, ob die Schuld, wofür er verpfändete, seine eigene seye, oder die eheliche Gemeinschaft betreffen sollte [20]).

---

18) Danz l. c. Pfitzer l. c. §. 63. Gmelin l. c. im Anhang S. 719—720.

19) Pfitzer l. c. §§. 68. u. 69. 73. u. 74. Danz l. c. §. 413.

20) Pfitzer l. c. §. 117. Danz l. c. Bd. 7. S. 41. Consil. Tub. Vol. 9. Cons. 68. nr. 7. Gmelin l. c. §. 84.

Dagegen bestimmt das vorliegende Gesetz, daß der Mann nur dann vollgültig verpfänden könne, wenn die Schuld im Interesse der Gemeinschaft übernommen, also eine gemeinschaftliche seyn würde. Gerade aber, weil ihn das Gesetz nur in diesem Fall vollgültig verpfänden läßt, kann ihm auch die Verpfändung eines errungenen Gegenstandes für seine eigene Schuld nicht gestattet werden, wenn er den ganzen Gegenstand ohne Einwilligung der Frau verpfänden wollte. Diese Bestimmung des neuern Gesetzes scheint recht vernünftige Gründe für sich zu haben. Die Frau erhält mit dem Augenblick der Erwerbung ihren Antheil an dem Errungenen zu wahrem Eigenthum [21]), und dieser soll ihr ohne ihren Willen, von dem Manne durch Verpfändung nicht entzogen werden. Blos wo die Schuld eine gemeinschaftliche ist, mag der Mann den Gegenstand, der zum Errungenen gezählt wird, vollgültig, d. h. ganz den Antheil der Frau inbegriffen, verpfänden, weil er den Antheil der Frau denn doch einzig für ihre Schuld verpfändet, und das Pfandrecht, selbst wenn die Frau der Errungenschaft entsagte, nach dem bisherigen Rechte vollgültig blieb, und den ganzen Gegenstand fortbestrickte *).

---

21) Pfitzer l. c. §. 115. Bolley l. c. §. 63.

*) Bolley l. c. Hier dürfen wir nicht unbemerkt lassen, daß eine Schuld, welche von Eheleuten, die in einer Errungenschafts-Gesellschaft leben, contrahirt wird, immerhin als eine gemeinschaftliche gilt, wenn nur die gemeinschaftliche Aufnahme durch Mitunterschrift der Frau dargethan würde (Gesetz, die Ergänzung ꝛc. Art. 3.), ohne, daß es, wie bisher, nothwendig ist, die Social-Eigenschaft in dem Schuldschein auszudrücken oder zu erweisen (Pfitzer l. c. Thl. 1. §. 122.).

Daher nun, weil bei einer allgemeinen in der Regel, bei einer Errungenschafts-Gemeinschaft zum Theil, Güter der Frau unbedingt und ohne Förmlichkeit verpfändet werden können, ist es auch wichtig zu wissen, ob und in welcher Gemeinschaft die Eheleute stehen. Denn davon hängt natürlich in den einzelnen Fällen sowohl die Art der Verpfändung, als auch je nach den Umständen ihre Gültigkeit

2) Von dem gesetzlichen Pfandrechts-Titel.

Art. 27.

Vermöge des Gesetzes können die Bestellung eines Unterpfands unter den nachfolgenden Bestimmungen verlangen:

1) Die Ehefrauen; 2) die Kinder; 3) die Pflegbefohlenen und milden Sttftungen; 4) die Legatarien und die Erbschafts-Gläubiger; 5) die Baugläubiger; 6) die auf den Erlös aus einem im Wege der Hülfs-Vollstreckung veräusserten Gut an gewiesenen und nicht baar befriedigten Gläubiger; 7) diejenigen, welchen, vermöge richterlichen Spruchs, Sicherheit durch Unterpfänder zu gewähren ist.

Der Ehefrauen.

Art. 28.

(1) Der Ehefrau steht ein gesetzlicher Pfandrechts-Titel auf das unbewegliche Vermögen des Ehemannes, hinsichtlich des von ihr bei Eingehung der Ehe oder während derselben dem Ehemann zugebrachten, sowohl eigenthümlichen als in ihrer Nutznießung stehenden beweglichen Vermögens zu. Gleiches Recht hat dieselbe wegen des Erlöses aus den von ihr bei oder nach Eingehung der Ehe eingebrachten, und während der

---

ab. Unser Gesetz verpflichtet aber die Obrigkeit darüber, ob die Eheleute in einer Gemeinschaft der Güter, und in welcher sie leben, amtliche Erkundigung einzuziehen (Ueber die Verantwortlichkeit der Behörde im Falle der Säumniß und eines entstandenen Schadens, weiter unten.).

Ehe veräusserten unbeweglichen Vermögensstücken. Auch erstreckt sich dieser Pfandrechts-Titel auf das der Ehefrau vermöge Ehevertrags zugesicherte Wittum, so wie auf die vertragsmäßige Gegenschenkung.

Art. 29.

Dieser Anspruch der Ehefrau auf Bestellung eines Unterpfands kann bei Eingehung der Ehe diejenige obrigkeitliche Behörde auch unaufgefordert geltend machen, welcher die Errichtung von Beibringens-Inventarien obliegt.

Der Ehefrau, so wie ihrem Vater oder Vormund, steht zu jeder Zeit das Recht zu, die Bestellung eines Unterpfands zu verlangen.

Art. 30.

Die von der Ehefrau in die Ehe gebrachten, oder von ihr während derselben erworbenen unbeweglichen Vermögensstücke sind als Eigenthum der Ehefrau in die öffentlichen Bücher einzutragen.

Art. 31.

Wenn bei Vollziehung des Pfandrechts-Titels der Ehefrau für ihr Beibringen sich zeigt, daß nicht soviel freies Vermögen im Besitze des Ehemannes ist, als sie zu ihrer Sicherstellung bedarf, so steht ihr, wofern sie baares Geld eingebracht hat, oder ihr Beibringen in solches verwandelt worden ist, die Befugniß zu, mit jenem Gelde versicherte Gläubiger zu befriedigen und in deren Pfandrechte einzutreten.

Art. 32.

Besitzt der Ehemann keine Immobilien; so kann eine allgemeine Vormerkung des Pfand-Titels für die bestimmte Summe des nach Art. 28. zu versichernden Vermögens der Ehefrau, in dem Unterpfandsbuche, unter dem Namen des Ehemannes, von der Ehefrau oder ihren Angehörigen (Art. 29.) verlangt werden.

Die Unterpfands-Behörde haftet in diesem Falle der Ehefrau oder ihren Erben dafür, daß die von dem Ehemann späterhin etwa erworbenen Immobilien nicht ohne vorgängige Berücksichtigung jenes Pfandrechts-Titels an Dritte verpfändet werden (Art. 80.).

Unser Gesetz geht nunmehr zu den Titeln über, welche, ohne Vertrag, in ihm selbst begründet sind.

So wenig es jetzt noch gesetzliche Pfandrechte gibt, da ein Unterpfand den Eintrag in das Unterpfandsbuch wesentlich voraussetzt, so wenig darf man den Schluß machen, daß allenthalben, wo das Gesetz früher ein wirkliches Pfandrecht verlieh, jetzt ein Titel gegeben sey. Zwar nahm der Gesetzgeber auf die bisher bestandenen gesetzlichen Pfandrechte Rücksicht, aber er betrachtete sie nicht als Norm für die Verleihung der Titel [1]).

1) Den ersten Titel gibt das Gesetz der Ehefrau. Diese hatte nach dem bisherigen Rechte ein gesetzliches Pfandrecht wegen ihres Heirathguts, ihrer Parapherna, d. h. des Vermögens, das sie der Verwaltung des Mannes, übergab [2]).

---

1) Ständ. Verhandl. l. c. 1e Abthlg. S. 130. Nr. 15.

2) Pfitzer l. c. 2r Thl. §§. 159. u. 169. Gmelin l. c. §§. 99. u. 115. Weishaar l. c. §§. 549. u. 550.

Weil aber das gesetzliche Pfandrecht des Heirathsguts mehr bevorzugt war, so mußte es natürlich wichtig seyn, zu wissen, was dem Heirathsgut angehöre, und was sonst noch in die Ehe gebracht, aber nicht dazu geschlagen wurde.

Das neuere Gesetz verleiht weder Pfandrechte noch Privilegien. Es gewährt bloße Titel; die Pfandrechte entstehen auf andere Weise als durch das Gesetz unmittelbar, und ordnen sich rein nach der Zeit ihrer Entstehung. Es hat deßhalb keinen Werth mehr, das Heirathsgut vom andern Vermögen auszuzeichnen; wie denn auch der Titel allgemein gegeben wird für das, was die Frau dem Manne zubringt, ohne daß irgend eine besondere Art des Zubringens unterschieden würde [3]).

Der vom Gesetz gewährte Titel soll die Frau zu einem Pfandrechte, das Pfandrecht zur Sicherheit führen. Schon hieraus können wir folgern, daß ihr da, wo sie keiner Sicherheit, also keines Pfandrechts bedarf, auch kein Pfandrechts-Titel zustehe. Wir bemerken in diesem Betrachte:

I.) Nach dem gemeinen Recht sind der Frau sogenannte stillschweigende Pfandrechte deßhalb verliehen, weil der Mann die Verwaltung ihres Vermögens erhält [4]), aber auch nur in sofern er sie erhält. Zwar kann es beim Heirathgut nicht vorkommen, daß die Frau die Verwaltung desselben behielte, weil die Verwaltung des

---

3) Motive des Gesetzes-Entwurfs in den Ständ. Verh. l. c. S. 75. Wenn es auch noch aus einem andern Grunde wichtig wäre, das eigentliche Heirathsgut zu kommen, so ist dessen ungeachtet, doch ohne Verbot für die Eheleute, ein Heirathgut zu bezeichnen, die Verordnung v. 18. Dec. 1806. auf Veranlassung der ständ. Commission, und der Stände aufgeboben worden (Gesetz, die Ergänzung ꝛc. §. 4.).

4) l. un. §. 1. C. de rei uxor. act. vergl. mit l. 20. C. de administr. tut. (5, 37.).

Mannes zum Wesen der Dos gehört[5]), so daß die Dos nur fälschlicher Weise so genannt wird, und eben darum auch der sonst geltenden Vorzüge nicht genießt, wenn sich die Frau die Verwaltung vorbehielt[6]). Wohl aber steht es der Frau zu dasjenige Vermögen, welches sie ausser dem Heirathgut besitzt, für ihre eigene Verwaltung zurückzuhalten, oder auch dem Mann zu übergeben, wo sie dann im letztern Fall durch das Gesetz selbst ein Pfandrecht erlangt, das sie im ersten weder ansprechen kann noch anzusprechen nöthig hat*). Sie hat es gar nicht nöthig, weil sie als Verwalterin gerade so frei und selbstständig dasteht, als wäre sie nicht verheirathet. Der Mann hat an dem Vermögen, das sie verwaltet, kein Recht; und wenn sie ihm davon anborgt, so kann sie für sich selbst durch eine ausdrückliche Pfandbestellung sorgen, oder sorgte das Gesetz für sie, indem es ihr von dem Augenblick an, wo sie einen Theil ihres Vermögens der Administration des Mannes unterwirft, ein stillschweigendes Pfandrecht zusagt**).

Diesen Bestimmungen analog müssen wir der Frau auch den Pfandrechts-Titel für das Vermögen absprechen, welches sie in eigener Administration behält. Zwar wird da, wo zwischen den Eheleuten eine Errungenschafts-Gesellschaft existirt, das ganze Vermögen der Frau in der Regel von dem Manne verwaltet***), allein, in so fern auch, troz dieser Gemeinschaft, eine Selbstverwal-

---

5) l. 1. D. de jur. dot. (23, 3.) l. 21. §. 1. D. de don. int. vir. (24, 1.) l. 20. Cod. de jur. dot. (5, 12.) l. 8. C. de pact. conv. (5, 14.) Thibaut P. R. Thl. 1. §. 448. Mackeldey l. c. §. 389.

6) Ulr. Huber, praelect. ad Pand. l. 23. tit. 3. §. 9.

*) l. 8. l. ult. C. de pact. conv. Pfitzer l. c. Thl. 2. §. 170.

**) l. ult. C. cit. Pfitzer l. c. §. 195. Gmelin l. c. §. 115.

***) Landrecht Thl. 3. Tit. 7. §. 2. Weishaar l. c. Thl. §. 125.

tung der Frau vorkommen kann[7]), in so fern wenigstens steht ihr kein Titel zu.

Diese Analogie wird noch durch gute Gründe unterstützt. Unser Gesetz gibt der Frau den Titel, weil ihr Vermögen vom Manne verwaltet wird, zum Schutz und zur Sicherheit[8]); es gibt ihr ihn mithin seinem Geiste nach alsdann nicht, wenn sie es ganz oder theilweise selbst verwaltet. Sie bedarf ihn aber auch nicht, weil der Mann an dieses Vermögen keine Hand legen darf, sie als Selbstverwalterin hinlänglich gesichert ist, oder sich sichern kann. Gerade das ist es eben, was unser Gesetz mit den Worten sagen will: „hinsichtlich des von ihr..... dem Ehemann zugebrachten ..... Vermögens.“ Das Vermögen muß dem Ehemann „zugebracht“ seyn, wenn die Frau einen Titel haben soll; es ist ihm aber nicht „zugebracht,“ sobald er kein Recht daran, sondern die Frau die Verwaltung und Verfügung über dasselbe allein hat.

II.) Es ist hergebrachten Rechtens, daß der Mann, ob er in einer gemeinrechtlich-ehelichen, oder in einer Errungenschafts-Gesellschaft lebe, unbewegliche Güter seiner Frau, mögen sie als Dos und Parapherna unterschieden werden, oder zu dem Zugebrachten überhaupt gehören, auf keine Weise einseitig veräußern oder gültig verpfänden könne. Vielmehr bleibt das Eigenthum derselben ihr ungeschmälert, und sie kann es gegen jeden geltend machen. Selbst in dem Fall, wo die Güter dem Manne mit einem Anschlag zugebracht wurden, bleiben sie, obwohl gegen die Gesetze[9]), nach unsern Rechtsgrundsätzen,

---

7) Gmelin l. c. Pfitzer l. c. §. 170.

8) Ständ. Verh. l. c. 1e Abthlg. S. 73. 75. u. S. 132.

9) l. 10. D. de jur. dot. (23, 3.) l. 5. C. eod. Quotiens res aestimatae in dotem dantur: maritus dominium consecutus summae velut pretii debitor efficitur. l. 10. C. eod. Cum dotem te aestimatam accepisse profitearis: apparet

ohne eine ausdrückliche andere Uebereinkunft, ihr Eigenthum [10]).

Indem sie nun Eigenthum der Frau bleiben, und sie demnach in Beziehung auf dieselbe gesichert ist, bedarf und hat sie auch keine Pfandrechts-Titel. Der Mann kann die zugebrachten, unbeweglichen Güter nicht veräußern ohne ihre Einwilligung; von ihr hängt es mithin ab, ob sie die Veräußerung gestatten wolle. Sie ist rücksichtlich dieser Güter durch das Eigenthums-Recht hinlänglich gedeckt. Daher spricht das Gesetz nur von dem „beweglichen Vermögen," von den „unbeweglichen Vermögens-Stücken" aber nur in der Hinsicht, daß der Frau, wenn sie veräußert würden, ein Titel zustehen soll.

Es verlangt, was die unbeweglichen Güter der Frau betrifft, einzig und allein den Eintrag ihres Eigenthums in die öffentlichen Bücher, und verlangt ihn deshalb, damit die Frau, deren Eigenthum uneingetragen bliebe, nicht gegen Unterpfänder zurückstehen müße. Denn jedes Unterpfand hat einen Vorzug vor dem Eigenthums-Recht, sobald das letztere in den öffentlichen Büchern nicht eingetragen, und aus denselben nicht ersichtlich war [11]).

III.) Gleichmäßig kann darüber kein Zweifel entstehen, daß in einer allgemeinen Güter-Gemeinschaft die Frau kein abgesondertes Vermögen besitzt, sondern Alles unter den Eheleuten gemeinschaftlich wird, das Vermögen wie die Schulden [12]). Eben darum aber, weil Alles gemeinschaftlich wird, kann weder von einem Vermö-

---

jure communi per pactum, quod doti insertum est, formato contractu ex emto actionem esse. l. un. §. 9. in f. C. 5. 13. Aestimatarum enim rerum maritus quasi emtor et commodum sentiat et dispendium subeat, et periculum exspectet.

10) Pfitzer l. c. Thl. 2. §. 191. Weishaar l. c. Thl. 1. §. 122.

11) Das Nähere darüber wird später am gehörigen Orte vorkommen.

12) Danz l. c. Thl. 6. S. 401—404. Pfitzer l. c. Thl. 1. §. 55. Eichhorn l. c. §. 306.

gen der Frau, um dessen Willen sie vom Manne gesichert werden sollte, noch von andern Gläubigern, gegen die sie gesichert werden sollte, die Rede seyn. Sie bedarf hier keines Pfandrechts-Titels, und kann keinen erlangen, weil alle Gegenstände, worauf sie etwa den Titel erlangen könnte, gemeinschaftlich sind, ihr so gut als dem Manne gehören *). Aus diesem Grunde schlug die ständische Commission vor, dem §. 33. des Gesetzesentwurfs ausdrücklich anzufügen: „da, wo keine allgemeine Güter-Gemeinschaft Statt findet;" und die Regierung verweigerte den Beisatz nur, „weil sich die dadurch bezweckte Erläuterung aus dem ganzen Zusammenhange von selbst ergebe [13]).

2) Der Pfandrechts-Titel steht der Frau zunächst zu, wegen ihres „bei Eingehung der Ehe oder während derselben dem Ehemann zugebrachten, beweglichen Vermögens." Das Gesetz macht keinen Unterschied zwischen dem fungiblen und nicht fungiblen, beweglichen Vermögen; und das, wie wir glauben, mit Recht. Das gemeine Recht schon erlaubt dem Manne die beweglichen Dotalsachen der Frau ohne allen Unterschied und ohne ihren Willen zu veräußern [14]). Was gemeinrechtlich aber von den Dotalsachen gilt, das muß bei der Errungenschafts-Gesellschaft von dem ganzen Vermögen der Frau gelten, weil in dieser Gesellschaft der Mann das ganze Vermögen der Frau in der Regel auf dieselbe Weise, wie gemeinrechtlich die Dotalsachen verwaltet, und ihm darüber dieselben Befugnisse zukommen [15]). Außerdem hat die Frau bei beweglichen Sachen nicht dieselbe Sicherheit wie bei unbeweglichen, da die Vindication bei den-

*) Hofacker l. c. §. 457.

13) Ständ. Verh. l. c. 2e Abthlg. S. 299 u. 439—40.

14) pr. J. quib. alien. lic. (28.) l. 42. D. de jur. dot. Voet, Comment. ad lib. 23. lit. 5. Nr. 4. Lauterbach, Colleg. Pand. lib. 23. Tit. 5. §. 10. Thibaut, P. R. Thl. 1. §. 448. Mackeldey l. c. §. 389.

15) Weishaar l. c. Thl. 1. §. 125. Eichhorn l. c. §. 310.

selben leicht unmöglich gemacht werden kann. Billig wird ihr daher unter allen Umständen für das ganze, beweg=liche Vermögen ein Titel zugestanden.

Wie für das bewegliche Vermögen, ebenso hat sie auch einen Titel für den Erlös aus den veräußerten un=beweglichen Vermögensstücken, und zwar unbedingt, ob die Veräußerung gesetzlich oder nicht gesetzlich vor sich gieng. Wohl konnte ihr der Mann durch eine ungesetzliche Veräußerung das Eigenthum nicht entziehen, und eben deswegen erscheint sie durch ihre dinglichen Klagen hin=länglich gesichert; auch enthielt der Entwurf des Pfand=gesetzes die Modification, wenn die Veräußerung: „auf gesetzliche Weise" geschehen sey. Allein gerade der Um=stand, daß dieser Beisatz im Gesetze wegblieb, berec[illegible]tigt uns, der Frau bei einer ungesetzlichen Losschlagung eben=falls den Titel zu geben. Denn der Beisatz des Ent=wurfs ward auf Antrag der ständischen Commission weg=gelassen: „indem die Frau wegen einer ungesetzlichen Veräußerung, wenn sie eine Nichtigkeits=Klage entweder nicht anstellen will oder kann, noch viel gewisser gesicherte Ansprüche gegen ihren Mann haben muß [16])."

Gleichfalls erhält die Frau einen Pfandrechts=Titel für die Widerlage, oder Gegenschenkung, (donatio prop-ter nuptias) sey es, daß sie an die Stelle der Dos trete, sey es, daß sie neben ihr der Frau zugesichert werde. Hierin stimmt das neue Gesetz mit dem Titel ganz zu dem ältern Rechte mit seinem stillschweigenden Pfand=rechte *). Wenn aber das Gesetz von einer „vertrags=mäßigen Widerlage" spricht, so spricht es damit nur die Art aus, wie sie bestellt wird, ohne den Gegenschluß zu begründen, daß es eine Widerlage ohne Vertrag und für

---

16) Ständ. Verh. l. c. 1e Abthlg. S. 10. 2e Abthlg. S. 252. 1. 390. u. 440.

*) l. 9. C. de pact. conv. (5. 14.) Nov. 61. c. 1. Nov. 97. c. 1. Hofacker principia etc. part. I. §. 478. Pfitzer l. c. Thl. 2. §. 43. u. 44.

diese keinen Titel gebe. Denn ohne Vertrag gibt es keine Widerlage; wie schon der Name derselben, donatio propter nuptias darauf hinweist, obgleich ihre Bestellung gefordert werden kann [17]).

Umgekehrt scheint das Gesetz diesen Ausdruck: „vertragsmäßig" gewählt zu haben, Zweifel zu beseitigen, als ob nicht jede donatio propter nuptias einen Pfandrechts-Titel erzeuge. Die ständische Commission und die Stände trugen nämlich nur auf einen Titel für die donatio propter nuptias an, wenn sie als Ersatz für das Heirathgut diene. Die Regierung genehmigte aber den Antrag dahin, daß der Frau „wegen aller aus dem Ehevertrag zustehenden Rechte" ein Titel zukommen sollte [18]). Da nun jede donatio propter nuptias auf einem Vertrag beruht, so muß natürlich auch eine jede durch einen Pfandrechts-Titel gesichert seyn.

Darauf kommt aber nichts an, ob sie bei oder nach Eingehung der Ehe bestellt wird. Da sie überhaupt nach der Eingehung bestellt werden darf *), so muß der Frau auch in diesem Fall der Pfandrechts-Titel zugestanden werden. Das Gesetz gibt der Frau endlich einen Titel we-

---

17) l. 20. C. de don. ant. nupt. Nov. 127. c. 2. Nov. 91. c. 2. Hofacker l. c. §. 475. Thibaut, P. R. Thl. 1. 454.

18) Ständ. Verh. l. c. 2e Abth. S. 253. 390. u. 440.

*) l. 20. C. de don. ant. nupt. Es könnte allerdings auffallen, daß unser Gesetz von einer Gegenschenkung redet, da dos und donatio propter nuptias correlate Begriffe sind, die letztere ohne die erstere nicht vorhanden seyn kann (l. 19. C. cod. Nov. 97. c. 2. Hofacker l. c. §. 475.), und doch die Verordnung von 1806. über das besondere Bemerken, was von dem Beibringen dos sey, wie schon angeführt, aufgehoben wurde. Allein mit dem Aufheben dieser Verordnung ist deshalb das Bestellen einer eigentlichen dos nicht verboten worden. Es kommt auf die Eheleute an, eine dos im römischen Sinne des Worts zu bestimmen. Darüber kann, nach dem Antrag der ständischen Commission, welche jenes Aufheben veranlaßte, kein Zweifel existiren. (Ständ. Verh. l. c. 2e Abthlg. S. 252.)

gen „des ihr vermöge Ehevertrags zugesicherten Wittums.“ Auch hier gieng der Antrag der Stände dahin, daß die Frau nur für das Wittum einen Titel erlange, welches zum Ersatz des Heurathsguts diene. Die Regierung aber, ohne auf die Unterscheidung Rücksicht zu nehmen, billigte den Antrag auf die im Gesetz ausgedrückte Weise, und die Stände waren damit einverstanden [19]). So oft mithin die Frau ein Wittum vermöge Vertrags fordern kann, eben so oft hat sie einen Pfandrechts-Titel.

Wittum ist aber alles das, was der Frau aus dem Vermögen ihres Mannes für ihren Unterhalt auf den Fall seines Ablebens angewiesen wird. Dasselbe theilt sich in zwei Hauptarten, in das sogenannte Leibgeding (dotalitium) und in das eigentliche Wittum (vidualitium). Jenes richtet sich nach der dos auch hie und da zugleich nach der donatio propter nuptias, dieses ist von jeder dos unabhängig; während dem letztern eine causa lucrativa zu Grund liegt, bildet das Erstere einen Ersatz der dos, die im Vermögen des Mannes zurückbleibt [20]).

Das dotalitium war als Surrogat der dos oder der donatio propter nuptias unbestrittener Weise durch ein gesetzliches Pfandrecht und gleiche Vorzüge mit der dos etwa gesichert [21]); dem vidualitium gestanden die Rechtsgelehrten nicht allgemein das gesetzliche Pfandrecht zu [22]).

Von dem erstern läßt sich, ausser Sachsen, ohne Bedenken behaupten, daß es einzig und allein nur durch Vertrag entstehe [23]); nicht also von dem letztern. Dieses fin-

---

19) Ständ. Verh. l. c. und noch S. 457.

20) Hofacker l. c. §. 486—493. Pfitzer l. c. Thl. 2. §. 45—54. Danz l. c. Thl. 6. S. 345—365. Eichhorn l. c. §. 302—305.

21) Hofacker l. c. §. 498. Pfitzer l. c. §. 50. Eichhorn l. c. §. 303.

22) Hofacker l. c. §. 488. Pfizer l. c. §. 52. Danz l. c. S. 357.

23) Pfitzer l. c. §. 46. Danz l. c. S. 346. u. 353. Eichhorn l. c. §. 305.

det vielmehr, von einem Vertrage abgesehen, auch in Gesetzen, Herkommen, Familienpakten den Grund seiner Entstehung [24]).

Auf die Art geschieht es, daß die Frau, unserem Gesetze zu Folge, für das dotalitium in der Regel, für das vidualitium aber nur ausnahmsweise, wenn es sich gerade auf einen Ehevertrag stützt, einen Pfandrechts-Titel ansprechen könne. Während mithin die Stände blos in Hinsicht des dotalitium auf einen Titel antrugen, gewährte ihn die Regierung mit dem Willen der Stände, auch dem vertragsmäßig entstandenen vidualitium.

Noch ist übrigens davon zu reden, ob der Frau der Titel einzig für die im Gesetz ausdrücklich benannten Fälle zukomme, oder ob die Gegenschenkung und das Wittum nur als Beispiele von vertragsmäßigen Rechten zu betrachten seyen, ausser denen aber der Titel auch auf andere durch den Ehevertrag erlangten Rechte gerichtet werden könne. Hätten wir nur den Art. 28, so dürfte es wohl einiges Bedenken erregen, die Bestimmungen vom Wittum und der Gegenschenkung analog auf andere vertragsmäßige Rechte auszudehnen. Allein das Bedenken muß verschwinden, wenn wir in der von den Ständen gebilligten Aeußerung der Regierung die Absicht des Gesetzgebers dahin ausgesprochen lesen: „es soll der Ehefrau wegen aller ihr aus dem Ehevertrag zustehenden Rechte der Pfandrechts-Titel eingeräumt seyn.“ Diese Absicht zeigt zur Genüge, daß man die Grundsätze von Wittum und der Gegenschenkung auch auf andere Rechte der Ehefrau erstrecken müße, sobald sie ihre Entstehung und ihren Grund im Ehevertrag haben. Als Beispiel mag die Morgengabe dienen, sofern sie durch den Ehevertrag versprochen wurde [25]).

---

24) Pfitzer l. c. §. 51. Danz l. c. S. 355.

25) Pfitzer l. c. §. 54 — 57. Eichhorn Einleitung ꝛc. §. 301. Während die Morgengabe nach dem bisherigen Rechte nicht

3) Diesen Titel geltend zu machen, hat die Frau zu jeder Zeit, sey es vor, bei oder nach, Eingehung der Ehe, das Recht, und in ihrem Namen ihr Vater oder Vormund. Für den letztern kann seine Ausübung sogar Pflicht genannt werden, und ohne Zweifel träfe ihn Verantwortlichkeit, so sein Mündel durch eine Nachläßigkeit Schaden litte.

Aber sogar die Behörde, welche die Beibringens-Inventarien errichtet, kann die Verwirklichung des Titels aus eigenem Antrieb verlangen. Sie kann es, wenns ihr gut deucht; doch ist sie nicht dazu verbunden, noch hat sie von dem Unterlassen die geringste Verantwortlichkeit zu fürchten [26]).

Zur Geltendmachung dieses Titels ist aber vor Allem erforderlich, daß der Ehemann verpfändbare Gegenstände besitzt, d. h. unbewegliche Sachen, oder was ihnen gleich kommt; dazu noch, daß dieselben nicht bereits andern Gläubigern mit Pfandrechten verhaftet sind. Wo der Ehemann allenthalben keine verpfändbaren Gegenstände besitzt, oder wo dieselben bereits mit anderm Pfandrecht bestrickt wurden, da muß des Eheweibs Pfandrechts-Titel leer bleiben. Doch hat das vorliegende Gesetz auf zwiefache Weise nachzuhelfen gesucht.

---

einmal mit einem stillschweigenden Pfandrechte versehen war, (Pfitzer l. c. §. 56. Danz l. c. S. 331.), wird sie jetzt als vertragsmäßig durch einen Titel gesichert.

Indem unser Gesetz nur den Ehefrauen einen Titel gibt, unterscheidet es sich von dem bisherigen Rechte, welches mit seinen stillschweigenden Pfandrechten viel freigebiger war, und z. B. auch einem Dritten, der sich die Rückgabe der Dos ausbedungen hatte, und dem Manne wegen eines versprochenen Heirathsguts ein solches Pfandrecht verlieh (l. un. §. 1. C. de rei uxor. act.).

26) Dieß erhellt klar aus den Bemerkungen der ständischen Commission, welche aus dem Gesetzesentwurf eine Verantwortlichkeit der Waisengerichte herleitete, und der Resolution der Regierung auf den ständischen Antrag. (Ständ. Verhandl. l. c. 2e Abthlg. S. 252. 390 u. 440.)

a) Besitzt der Ehemann gar keine unbeweglichen Güter, so kann die Frau, oder wer in ihrem Namen zu handeln befugt ist, den Titel im Allgemeinen vormerken lassen. Die Vormerkung geschieht durch den Eintrag des Titels im Unterpfandsbuche. Dabei bedarf es keiner Erwähnung irgend eines besondern Guts; die Frau läßt den Titel, oder ihre Berechtigung zu einem Unterpfand überhaupt, im Unterpfandsbuche vormerken. Erwirbt dann der Ehemann später unbewegliche Güter, so kann sie verlangen, daß ihr Titel durch Verpfändung derselben realisirt werde.

Aber nicht nur sie mag diese Verpfändung verlangen, sondern die Unterpfandsbehörde haftet sogar unter einer Verantwortlichkeit dafür, daß ein solches später erworbenes, unbewegliches Gut keinem andern Gläubiger mit Hinansetzung der Frau verpfändet werde.

b) Hat der Ehemann zwar pfandfähiges Gut, aber es ist schon mit andern Pfandrechten bestrickt, so kann die Frau die vorhandenen Pfandgläubiger befriedigen und an deren Stelle treten.

Diese Befugniß der Frau ist weder an die Einwilligung des Ehemanns als Schuldners, noch daran gebunden, daß der Gläubiger, welcher abgelöst werden soll, seine Forderung bereits eingeklagt habe (Art. 105.), noch überhaupt irgend einer Bedingung oder Modification unterworfen.

Die Frau kann, so sie baares Geld hat, oder ihr Beibringen darein verwandelt, jedes andere Pfandrecht ablösen, und an die Stelle des Pfandgläubigers tretend, ihren Titel verwirklichen. Auch steht es ihr frei, wenn mehrere Pfandgläubiger vorhanden seyn sollten, alle und jeden, welchen sie will zu befriedigen, und in sein Pfandrecht einzutreten. Namentlich darf sie da, wo Eine Sache Mehreren verpfändet ist, den ältern Pfändgläubiger befriedigen. Der jüngere verliert auch dadurch nicht; denn

wie früher, vor der Ablösung, so steht auch nach der Ablösung ein Pfandberechtigter vor ihm, und seine Lage hat sich nicht im mindesten geändert.

Die Frau hat aber also ausgedehnte Befugnisse, weil sie ihr vom Gesetz gegeben werden, das ihre Lust einzulösen an kein Erforderniß knüpft, als nur an die Möglichkeit, andere Gläubiger befriedigen zu können, an Geld. Sie sind ihr, auf Veranlassung des ständischen Ausschusses, als besondere Gunst gestattet worden, da sonst das Eintreten an die Stelle von Pfandgläubigern vielfach modificirt und erschwert ist *).

Der Kinder.

Art. 33.

(2) Den Kindern kommt ein gesetzlicher Pfandrechts-Titel auf die Immobilien der Eltern zu, wegen ihres in der gesetzlichen Verwaltung der Eltern stehenden beweglichen Vermögens, so wie wegen des Erlöses aus ihren eigenthümlichen, unbeweglichen Gütern, welche während der elterlichen Verwaltung veräußert worden sind.

Art. 34.

Diesem Grundsatze gemäß ist den Kindern insbesondere in dem Falle, wenn ihnen in Gemeinschaft mit dem zur Nutznießung berechtigten Ascendenten eine Erbschaft anfällt, Sicherheit durch Unterpfänder für den Ueberschuß zu leisten, um welchen der Betrag ihrer Erbschaftsforderung den Werth der ihnen als wahres Eigenthum zugefallenen erbschaftlichen Güterstücke übersteigt.

*) Art. 105—111. Ständ. Verhandl. l. c. 1e Abthlg. S. 184. II. 16. und die Motive zu 16. S. 134. 2e Abthlg. S. 253.

Auch ist, wenn Erbschafts-Schulden vorhanden sind, bei Bestimmung des Betrags, für welchen die Kinder durch Unterpfänder sicher gestellt werden sollen, nicht blos die nach Abzug der Schulden sich ergebende reine Erbschaftsforderung der Kinder, sondern zugleich auch der Antheil, für welchen dieselben den Erbschafts-Gläubigern haften, in Berechnung zu nehmen.

Die Vorschrift der Commun-Ordnung Cap. II. §. 14. S. 58. ist hiemit aufgehoben.

Art. 35.

Wenn die Eltern keine verpfändbaren Gegenstände besitzen, so findet zu Gunsten der Kinder die im Art. 32. gestattete allgemeine Vormerkung des Pfandrechts-Titels, mit der dort bezeichneten Wirkung Statt.

Art. 36.

Schreitet die überlebende Mutter zur weitern Ehe, so können ihre Kinder zur Sicherung ihres Vermögens den der Mutter wegen ihres Beibringens zustehenden Pfandrechts-Titel (Art. 28.) gegen den Stiefvater geltend machen.

---

1) Wie die Ehefrau, so haben auch die Kinder einen gesetzlichen Titel wegen ihres in der gesetzlichen Verwaltung ihrer Eltern stehenden Vermögens, und zwar zunächst des „beweglichen.“ Da die Eltern als Verwalter das bewegliche Vermögen, namentlich sofern es durch den Gebrauch verbraucht wird, veräußern können, in keinem Fall aber die Kinder, auch von dieser Befugniß zu veräußern abgesehen, wegen des beweglichen Vermögens durch ihr Eigenthumsrecht hinlänglich gesichert wären, so ver-

leiht ihnen das Gesetz einen Pfandrechts-Titel auf das unbewegliche Gut ihrer Eltern [1]).

Wegen des unbeweglichen Vermögens bedürfen die Kinder keines Titels, da sie ihr Eigenthum zu allen Zeiten daran geltend machen können. Nur sofern dasselbe ganz oder theilweise veräußert wurde, kommt ihnen ebenfalls ein gesetzlicher Titel zu. Dem Gesetzes-Entwurfe gemäß sollte ihnen der Titel blos alsdann zukommen, wenn die Veräußerung „nach Zulassung der Gesetze" geschah *). Allein auf Antrag der Stände blieb der Zusatz weg [2]); den Kindern wie der Frau wird bei einer ungesetzlichen Veräußerung nur um so mehr ein Titel gegen den gesetzlos Veräußernden gegeben, ohne daß dadurch die Veräußerung größere Kraft erlangte.

2.) Sollen aber die Kinder diesen Titel haben, so muß das Vermögen in der „gesetzlichen Verwaltung" ihrer Eltern stehen. Das bisherige Recht gab den Kindern nur in dem Fall ein stillschweigendes Pfandrecht, so ihr Vermögen in der Verwaltung und Nutznießung ihrer Eltern, nicht aber, so es blos in der Nutznießung oder Verwaltung war [3]). Unser Gesetz gewährt aber den Titel, wenn das Vermögen nur in die Verwaltung der Eltern gekommen ist, und weicht mithin vom ältern Recht ab. Diesem gemäß müßte den Kindern auch gegen den Vater und Großvater der Titel da gewährt wer-

---

1) Landr. Thl. 4. Tit. 5. §. 6. Tit. 9. §. 5. Weishaar Thl. 1. §. 179.

*) Gewiß darum, weil im andern Fall die Veräußerung ungültig war, und den Kindern ihr Eigenthum unversehrt blieb.

2) Ständ. Verhandl. l. c. 1e Abthlg. S. 11. 2e Abthlg. S. 254.

3) Landr. Thl. 2. Tit. 8. §. 4. Grießinger, Commentar Thl. 2. S. 489. Gmelin l. c. §. 114.

den, wo sie das Vermögen der Kinder oder Enkel gesetzlich in die bloße Verwaltung bekommen[4]).

3) Die Verwaltung muß aber eine „gesetzliche" seyn. Dadurch ist ein Streit geschlichtet, welcher im frühern Rechte darüber Statt fand, ob den Kindern auch bei einer freiwilligen Uebergabe ihres Vermögens in Nutznießung und Verwaltung ihrer Eltern das stillschweigende Pfandrecht zu gestatten sey[5]). Unser Gesetz gibt den Titel nur, wenn die Verwaltung eine gesetzliche ist.

Sonst aber macht das Gesetz, indem es von Eltern spricht, den bisherigen Grundsätzen analog, keinen Unterschied zwischen Vater und Mutter. Auch wo die letztere in die gesetzliche Verwaltung eintritt, ist sie dem Pfandrechts-Titel der Kinder unterworfen.

4) Der den Kindern verliehene Titel erstreckt sich namentlich auch auf Erbschafts-Forderungen, wenn ihnen gemeinschaftlich „mit dem zur Nutznießung berechtigten Ascendenten eine Erbschaft anfällt."

Das neue Gesetz hat aber die Bestimmung der Communordnung aufgehoben, nach welcher die Kinder, „wo immer möglich auf sichere liegende Güter, nicht nur unterpfandsweis, sondern auch mit dem Eigenthum" verwiesen werden sollten. Dieser Vorverweis kam indessen, wenn die „wirkliche Abtheilung ohne Gaunt und Schuldverweisung" geschah, in keinen Betracht, und „wohlhausende" Eltern konnten sogar verwiesene Güter gegen Surrogirung anderer versetzen oder verkaufen.

Unser Gesetz dagegen setzt voraus, daß sie für ihre Ansprüche nicht blos verwiesen, sondern durch erbschaftliche Güter befriedigt werden. Denn es wird ihnen ein Titel gegeben für den „Ueberschuß, um welchen der Betrag ihrer Erbschafts-Forderung den Werth der ihnen als wah-

---

4) l. 7. C. de Cur. fur. (5, 70.) Landr. Thl. 4. Tit. 12. §. 1. Gmelin l. c.

5) Dafür entschied Gmelin l. c. Dagegen Weishaar l. c. Thl. 2. §. 551.

res Eigenthum zugefallenen, erbschaftlichen Güterstücke übersteigt," also angenommen, es seyen ihnen erbschaftliche Güterstücke zu wahrem Eigenthum zugefallen *).

In sofern nun die zu wahrem Eigenthum angewiesenen Güter weniger betragen, als die Erbschafts-Forderung, ist den Kindern ein Pfandrechts-Titel auf die unbeweglichen Güter ihrer Eltern zugestanden.

Dieser Titel betrift aber nicht blos die Forderung der Kinder nach Abzug des Antheils, der ihnen an den Erbschafts-Schulden zufiel. Denn würde er nur die betreffen, so wären die Kinder für das, was sie etwa den Erbschafts-Gläubigern geben müßten, nicht gesichert. Daher gab ihn das Gesetz für den ganzen Antheil, ohne Abzug der Schulden. Demnach steht er den Kindern zu, wenn und in wie weit sie für ihren ganzen Antheil ohne Abrechnung der sie treffenden Erbschafts-Schulden, keine Erbschafts-Güter zum wahren Eigenthum erhielten.

Natürlich bedürfen die Kinder dieses Titels für den Schuldentheil nur in dem Maaße, als sie überhaupt Schulden übernehmen müßen. Werden ihnen keine Schulden zugeschieden, und zwar auf eine Weise, daß sie gegen die

---

*) Wirklich hatten nicht nur die ständische Commission auf eine andere Theilungsart, als bisher gewöhnlich war, angetragen, sondern auch die Stände den Grundsatz aufgestellt, daß „bei der Eventualtheilung, soviel es möglich sey, reell getheilt werde." Ihnen entsprechend, setzte dann eine neuere Verordnung fest, daß den Kindern für ihre Ansprüche auf wahre erbschaftliche Güter so viele von den erbschaftlichen Gütern als die Befriedigung erheischt, zu ausschließendem Eigenthum angewiesen, und wo die Ausscheidung der Güter, selbst ohne daß die Natural-Ansprüche jedes einzelnen Kindes sogleich abgesondert würden, unthunlich wäre, der quotitative Antheil, welcher den Kindern an den unabgesonderten Gütern als Erben zukommt, bei jedem Gute bestimmt bezeichnet werden solle. (Ständ. Verh. l. c. 2e Abthlg. S. 300 — 302. neuntes Heft S. 754. Verordnung vom 21. May 1825. Regbl. Nro. 21. §. 34. und folg.)

Erbschafts-Gläubiger selbst gesichert sind, oder was gleichviel ist, wollen sich diese einzig und allein an den miterbenden Ascendenten verweisen lassen, so ist auch kein Grund vorhanden, die Kinder durch ein Unterpfand für das zu sichern, wofür sie keine Sicherheit nöthig haben. Das folgt schon aus dem Zweck des Pfandrechts-Titels und seiner Verleihung auch für den Theil der Schulden, um welchen die Kinder von Gläubigern in Anspruch genommen werden könnten; es folgt aus dem Geiste des Gesetzes, und ist diesem Geiste gemäß anderwärts namentlich ausgesprochen worden [6]).

5) Dieser Pfandrechts-Titel hat das Eigenthümliche, daß er den Kindern sogar in fremdem Namen verliehen wird, sie ihn zu ihrer Sicherheit auch gegen einen Dritten geltend machen können, gegen welchen er nicht ihnen zunächst, sondern einer andern Person zu Gebot steht. Wenn nehmlich eine Mutter, die das Vermögen ihrer Kinder nutznießt, wieder zur Ehe schreitet, und das nutznießliche Vermögen ihrem Ehemanne zubringt, so hat sie wegen dieses zugebrachten nutznießlichen Vermögens, sofern es in fahrender Habe bestehen, oder Unbewegliches davon veräussert werden sollte, einen Pfandrechts-Titel auf die Immobilien ihres Mannes. Gesetzt nun, die Mutter und Ehefrau machte diesen Titel nicht geltend, so ist hier den Kindern die Befugniß gegeben, ihn geltend zu machen. Sie haben aber nicht abzuwarten, ob ihn nicht die Mutter etwa geltend mache, sondern können ihn, weil das Gesetz es ihnen unbedingt zuläßt, sobald die Mutter wieder in die Ehe tritt, verwirklichen lassen *).

---

6) Verord. vom 21. Mai cit. §. 38. Indessen liegt es dem Ascendenten ob, wenn er den Titel der Kinder für ihren Antheil an den Schulden nicht realisirt wünscht, die Einwilligung der Gläubiger in die ausschließliche Verweisung an sich selbst rechtsgenügend darzuthun.

*) Indessen wird hiebei vorausgesetzt, daß das nutznießliche Vermögen der Kinder erster Ehe dem zweiten Ehemann

Indem das Gesetz den Kindern gestattet, den Titel ihrer Mutter gegen den Ehemann derselben anzusprechen, stimmt es mit dem bisherigen Rechte überein, welches den Kindern das gesetzliche Pfandrecht der Mutter wegen ihres Beibringens, sofern sie auch das nutznießliche Vermögen beibringt, gegen den Stiefvater zugestand 7).

6) Endlich können die Kinder auch diesen Titel, wenn ihre Eltern keine Immobilien haben, im Allgemeinen vormerken lassen. Diese Vormerkung hat dieselbe Wirkung, wie die allgemeine Vormerkung bei der Ehefrau, und ist ausser ihr die einzige noch gestattete allgemeine Vormerkung in Rücksicht eines Pfandrechts-Titels.

Hier wird nun wichtig zu wissen, welcher Titel dem andern vorgeht, der Titel der Ehefrau oder der Kinder. Mann setze, ein Vater habe die gesetzliche Verwaltung des Vermögens der Kinder, aber keine Immobilien, um deren Titel zu realisiren, so daß man von Seiten der Kinder genöthigt war, eine allgemeine Vormerkung ihres Titels in das Unterpfandsbuch eintragen zu lassen; man setze ferner, der Vater schreite wieder zur Ehe, und weil er annoch keine Immobilien besitzt, so lasse auch seine Ehefrau, der Kinder Stiefmutter, ihren Pfandrechts-Titel im Allgemeinen vormerken; man setze endlich, daß der Vater und Ehemann nun Immobilien erwerbe, die aber zur Realisirung beider Titel nicht hinreiche; welcher Titel hat den Vorzug? Die Behörde soll bei eigener Verantwortlichkeit vor Verwirklichung des allgemein vorgemerkten Titels kein Unterpfand bestellen.

---

zugebracht werde, d. h. daß es in seine Verwaltung komme. Denn die Frau hat nur alsdann einen Titel gegen den Ehemann, wie und wofern ihr Vermögen ihm zugebracht wird. Ausserdem, wo sie sich die Verwaltung selbst vorbehält, hat sie keinen Titel, so wenig als in diesem Fall ihre Kinder einen Titel ansprechen können, den ihre Mutter selbst nicht hat, und den der Stiefvater gegen sich nicht gelten zu lassen braucht.

7) Gmelin l. c. §. 113. Weishaar l. c. §. 551.

Sie muß mithin wissen, welchen Titel sie zuerst ohne Gefahr dem andern Titels-Berechtigten verantwortlich zu werden, mit Unterpfändern versehen dürfe?

Würde sich die Sache, wie in dem bisherigen Rechte, entscheiden lassen, so müßte man bald den Kindern einen Vorzug geben, wenn das Vermögen, welches ihr Vater inne hat, zum Heirathsgut ihrer Mutter gehörte; oder sofern es nicht dahin gerechnet werden könnte, wenn wenigstens die Stiefmutter auch nicht um das eigentliche Heirathgut streitet, bald der Stiefmutter, wenn es nehmlich ihr um die dos zu thun wäre[8]); allein alle diese Unterschiede, alle Privilegien, mögen sie mit dieser oder jener Art von Gütern verknüpft gewesen seyn, haben nun aufgehört, wie überhaupt von einem wahren dinglichen Rechte hier nicht die Rede ist.

Der vorgemerkte Titel gibt blos einen Anspruch auf Verpfändung; sind nun zwei Titel vorgemerkt, so liegt weder in dem Einen noch in dem Andern ein Grund des Vorzugs; denn das Alter kann hier, wo es sich von keinem dinglichen Rechte, sondern von einem persönlichen Recht auf ein Unterpfand handelt, nicht entscheiden. Will sich daher die Behörde aller Verantwortlichkeit erledigen, und weder die Frau gegen die Stiefkinder noch diese gegen jene begünstigen, so muß sie die allgemein vorgemerkten Titel der Frau wie der Kinder verhältnißmäßig durch Pfandrechte zu realisiren suchen*).

---

8) l. 12. §. 1. C. qui pot. in pign. Gmelin l. c. §. 100.

*) Den Titel der Kinder können zunächst sie selbst geltend machen, sodann ihre Pfleger, so sie unter Vormundschaft stehen, endlich die Waisen-Gerichte und Behörden, unter deren Autorität Theilungen und Erkenntnisse über Veräusserungen liegender Güter vorgenommen werden.

Der Pflegebefohlenen und der milden Stiftungen.

Art. 37.

(3) Den Minderjährigen und andern unter Vormundschaft gestellten Personen, ingleichen den milden Stiftungen, steht ein gesetzlicher Pfandrechts-Titel auf das Vermögen der Vormünder oder Verwalter wegen Forderungen aus der Verwaltung alsdann zu, wenn bei Ablegung der Rechnung sich ein solcher Anspruch ergeben hat, und die Hülfs-Vollstreckung gegen den Pfleger oder Verwalter nicht sogleich bewirkt werden kann.

Der Legatarien und der Erbschafts-Gläubiger.

Art. 38.

(4) Derjenige, welcher aus einer Erbschaft ein Vermächtniß anzusprechen hat, dessen Ausbezahlung nicht sogleich nach dem Erbschafts-Antritt begehrt werden kann, ist befugt, die Bestellung eines Unterpfands auf den ererbten unbeweglichen Vermögensstücken von dem zu verlangen, welchem die Entrichtung des Vermächtnisses vom Erblasser auferlegt worden.

Art. 39.

Desgleichen steht den Erbschafts-Gläubigern ein gesetzlicher Pfandrechts-Titel auf das zur Erbschafts-Masse gehörige Vermögen zu.

Die Bewirklichung der Unterpfands-Bestellung, oder der einstweiligen speciellen Vormerkung, liegt der Theilungs-Behörde von Amtswegen ob, in so weit nicht für die alsbaldige baare Befriedigung der Erbschafts-Gläubiger gesorgt werden kann, oder von denselben nicht sogleich, mit gänzlicher Entlassung ihres bisherigen Schuldners, einzelne Erben oder Erbschafts-Schuldner als ihre Schuldner angenommen werden.

Art. 40.

Ist der Vorschrift des vorstehenden Artikels keine Genüge geschehen; so erstreckt sich das ausserordentliche Absonderungsrecht des Gläubigers auf alle diejenigen Erbschaftsstücke, deren Absonderung der Gläubiger innerhalb drei Jahre nach dem Antritte der Erbschaft gerichtlich verlangt hat; vorausgesetzt, daß diese Gegenstände alsdann noch bei dem Erben vorhanden seyen, und unbeschadet der bis zu geschehener Vormerkung des Anspruchs im Unterpfandsbuche, gesetzmäßig bestellten oder vorgemerkten Unterpfänder.

Art. 41.

Die vorstehenden Bestimmungen finden auch im Falle einer elterlichen Vermögens-Uebergabe, rücksichtlich der auf der Uebergabsmasse haftenden Schulden, so wie in Ansehung der auf den überlebenden Gatten übergehenden Schulden des zuvor verstorbenen Gatten ihre Anwendung, wenn jener in dem Genusse und in der Verwaltung des gesammten Vermögens verbleibt.

Der Bau-Gläubiger.

Art. 42.

(5) Baumeister, Bau-Unternehmer, und überhaupt diejenigen, welchen eine Forderung für geleistete Arbeit, oder gelieferte Materialien zu Errichtung, Wiederherstellung oder Ausbesserung eines Gebäudes oder baulichen Werks zusteht, sind eine Unterpfands-Bestellung auf dieses Gebäude oder Werk zu verlangen berechtigt.

Der eingewiesenen Gläubiger.

Art. 43.

(6) Wenn auf das Gut eines Schuldners die Hülfs-Vollstreckung erkannt worden, und nicht baare Bezahlung des Kaufschillings erfolgt; so erlangt der Gläubiger hinsichtlich der noch rückständigen Forderungs-Summe einen gesetzlichen Pfandrechts-Titel auf das im Wege der Execution verkaufte Grundstück.

Art. 44.

Dieser Pfandrechts-Titel (Unterpfands-Vorbehalt) ist bei jedem obrigkeitlichen Verkaufe mittelst alsbaldiger Eintragung des Unterpfands auf der verkauften Sache unter dem Namen des neuen Erwerbers, von Amtswegen und bei strenger Verantwortlichkeit der Behörde sogleich bei dem Erkenntniß über den Contrakt in Wirksamkeit zu setzen.

Art. 45.

In dem hievon erwähnten Falle, wie in Fällen des freiwilligen Verkaufs, begründet der einzig die

Sicherstellung der Contrakts-Forderung bezweckende Rechts-Vorbehalt auf der veräusserten Sache, mag er als Eigenthums- oder als Unterpfands-Vorbehalt bezeichnet seyn, nur einen Pfandrechts-Titel, mithin nur in Folge der Eintragung in das Unterpfandsbuch ein wirkliches Unterpfandsrecht.

Dagegen kann durch einen Vorbehalt ein wahres Eigenthumsrecht alsdann erhalten werden, wenn durch denselben nach der unzweifelhaften Absicht der Contrahenten die Uebertragung des Eigenthums aufgeschoben werden soll, oder wenn die Auflösung des ganzen Vertrags für den Fall der Nichtbezahlung des Kaufschillings als bedungen erscheint.

Der Cautions-Berechtigten.

Art. 46.

(7) Ist eine Parthei vermöge richterlicher Verfügung Sicherheit durch Unterpfänder zu fordern berechtigt, so erlangt sie dadurch einen gesetzlichen Pfandrechts-Titel auf die Immobilien ihres Schuldners.

---

1) Unser Gesetz gibt ferner, der Analogie des bisherigen Rechts folgend, welches ebenfalls nicht blos den Pupillen und Minderjährigen, sondern auch andern unter fremder Pflegschaft Stehenden ein gesetzliches Pfandrecht in dem Vermögen ihrer Vormünder oder Verwalter gab [1]), eben diesen Personen, so wie den bisher mit einem still-

---

1) l. 20. c. de admin. tut. (5, 37.) l. ult. §. 5. C. de cur. fur. (5, 70.) Nov. 118. c. 5. Würtemb. Landrecht Thl. 2. Tit. 8. §. 6.

schweigenden Pfandrecht bedachten milden Stiftungen[2]), einen Pfandrechts-Titel.

Doch nur „die unter Vormundschaft *) gestellten Personen" haben diesen Titel. Alle, für welche der Titel angesprochen wird, müssen unter Vormundschaft gestellt, d. h. durch das Gesetz darunter gestellt seyn. Sofern sie sich selbst darunter gestellt haben, indem sie freiwillig ihr Vermögen von einem Andern verwalten lassen, kommt ihnen dieser Titel so wenig als nach bisherigen Grundsätzen[3]) ein Pfandrecht zu **).

Bemerkenswerth dürfte noch seyn, daß nach dem frühern Recht das gesetzliche Pfandrecht von der Zeit an gerechnet wurde, wo der Vormund und Pfleger die Verwaltung übernahm oder doch hätte übernehmen sollen[4]). Der Pfandrechts-Titel wird hingegen nur alsdann gege-

---

2) Weishaar l. c. §. 558.

*) Vormundschaft darf hier nicht identisch mit römischer tutela genommen werden, da das Gesetz von Minderjährigen überhaupt spricht, also unter Vormundschaft beides tutela und cura begreift, wie sich denn auch bei andern in Vormundschaft stehenden Personen dieselbe nur als cura zeigt.

3) Griesinger, Comment. Bd. 2. S. 495. Weishaar l. c. §. 552.

**) Desgleichen kann der Titel auch nicht gegen Kriegs-Vögte, gegen Pfleger bei einem Proceß, die Bürgen eines Vormundes, überhaupt gegen alle die nicht geltend gemacht werden, welche sich früher (Gmelin l. c. §. 112.) keines Pfandrechts zu erfreuen hatten.

Denn sie alle haben entweder kein Vermögen zu verwalten, oder sie verwalten es nach freiem Willen des Eigenthümers ohne alle Dazwischenkunft des Gesetzes. In beiden Fällen ist kein Grund zu Ertheilung eines gesetzlichen Titels vorhanden; da ihn das Gesetz ausdrücklich nur den „unter Vormundschaft gestellten Personen" und den ihnen auch sonst hie und da gleich geachteten Milden Stiftungen ertheilt.

4) Gmelin l. c. Weishaar l. c. Uebernommen konnte aber die Verwaltung erst alsdann werden, wenn der Pfleger obrigkeitlich bestätigt war.

ben, wenn es sich bei Ablegung der Rechnung zeigt, daß der Vormund und Vermögens-Verwalter aus der Verwaltung etwas schuldig wurde, und doch nicht sogleich Befriedigung zu erlangen ist. Der Zeitpunkt, wo der Anspruch auf ein Pfandrecht entsteht, ist mithin der, wo die Forderung gegen Pfleger als gewiß erscheint.

Der Titel und seine Verwirklichung setzt übrigens zwei Umstände voraus, erstlich, daß die Forderung aus der Verwaltung herrühre. Rührt sie nicht daher, so kommt dem Verwalteten auch kein Titel zu. Würde z. B. der Vormund einen Schuldner seines Pflegebefohlenen beerbt, und dadurch selbst Schuldner geworden seyn, so würde, da die Schuld nicht aus der Verwaltung herrührt, kein Titel gegen ihn geltend gemacht werden können, es wäre denn, daß der Zahlungs-Termin vorüber wäre, und der Pfleger es versäumt hätte, an sich selbst zu zahlen. Denn diese Säumniß enthielte eine Nachläßigkeit, die der Schuldner als Pfleger begieng, einen Fehler seiner Verwaltung [5]).

Zweitens soll der Titel verwirklicht werden, sofern man sich durch Hülfs-Vollstreckung nicht sogleich bezahlt machen kann. Vor allen Dingen hat mithin der, welcher den Titel realisiren soll [6]), die Pflicht auf Befriedigung zu dringen, und erst alsdann die Realisirung des Titels zu verlangen, wenn jene Befriedigung nicht sogleich möglich wäre. Daß der Pfleger der Verwirklichung des Pfandtitels durch alsbaldiges Anerbieten der Zahlung ausweichen könne, versteht sich um so mehr von selbst.

2) Nach den bisherigen Rechtsgrundsätzen hatten auch die Legatare, Fideicommissare, und von Todeswegen

---

5) arg. l. 9. §. 1. sequ. D. de admin. tut. (26, 7.) Nach dem bisherigen Rechte trat, in Fällen der Art, das gesetzliche Pfandrecht ein. Gmelin l. c.

6) Diesen Titel kann entweder ein der Aufsicht wegen bestellter Vormund, wird aber in der Regel die Obrigkeit unter Gefahr und Verantwortlichkeit geltend zu machen haben.

Beschenkten ein stillschweigendes Pfandrecht auf dem Vermögenstheil, welcher dem Beschwerten von dem Erblasser zugetheilt wurde[7]). Das Pfandrecht begann von dem Augenblick an, wo die Verpflichtung des Beschwerten eintrat*), also in jedem Fall erst nach Antretung der Erbschaft, und traf jeden Erben im Verhältniß zu seiner Erbsportion[8]).

Statt dieses Pfandrechts gibt unser Gesetz einen Pfandrechts-Titel, der in sofern mit jenem übereinstimmt, als er nicht auf die Sachen des Erben überhaupt geht, sondern nur auf die vom Erblasser herrührenden, auf die „ererbten unbeweglichen Vermögensstücke." Auch darin stimmen sie zusammen, daß der Titel so wohl gegen den Erben, als gegen den Legatar und sonst jeden, welcher mit einem Legat beschwert wurde, verliehen wird. Denn unser Gesetz sagt allgemein: „man könne ein Pfandrecht von dem verlangen, welchem die Entrichtung des Vermächtnisses auferlegt wurde," wie auch unsere frühern Gesetze sagten: et haec disposuimus non tantum si ab haerede fuerit legatum derelictum vel fideicommissum, sed et si a legatario vel fideicommissario, vel alia persona, quam gravare fideicommisso possumus, fideicommissum cuidam relinquatur**). Nicht weniger trifft der Titel, und mit noch größerm Recht als bis jetzt das Pfandrecht, den einzelnen Erben nur pro rata. Er wird gegen den gegeben, welchem die Entrichtung des Ver-

---

7) l. 1. 2. C. Commun. de leg. (6, 43.) l. ult. C. de don. caus. mort. (8, 57.) ..... omnes effectus sortiatur, quos ultimae habet liberalitates, neque ex quancunque parte absimilis iis intelligatur.

*) Thibaut P.R. Thl. 2. §. 644. die, nach welchen das Pfandrecht nur pro rata haftet, sollten es um so mehr erst von diesem Zeitpunkt anfangen lassen.

8) Hofacker l. c. Tom. II. §. 1184. nr. III. Gesterding l. c. S. 114—115.

**) l. 1. C. comm. de leg.

mächtnisses auferlegt wurde. Angenommen nun, das Vermächtniß sey Mehreren auferlegt worden, so wird er auch diese Mehreren, und mithin den Einzelnen, im Verhältniß zu seinem Antheil, treffen müssen. Dieß paßt jetzt um so besser, als die Summe, wofür das Pfand haften soll, bestimmt seyn, und folglich der Anspruch des Beehrten zu Geld angeschlagen werden muß.

Endlich ist unser Gesetz mit dem frühern Rechte auch darüber einig, daß der Titel nicht blos dem Legatar, sondern auch für Singular-Fideicommisse und Schenkungen von Todes wegen gewährt wird. Zwar spricht das Gesetz vom „Vermächtniß." Allein so wenig dieses Wort dem römischen Legat entspricht, so sehr dasselbe vielmehr einen allgemeinen Sinn hat, und alles umfaßt, was einem Singular-Successor auf den Todesfall vermacht wird, und mit ultima liberalitas überhaupt gleichbedeutend ist *), so wenig kann es dazu gebraucht werden, um den Titel blos auf Legate zu beschränken, so sehr dient es vielmehr, unsere Behauptung zu bestärken.

Abgesehen nun davon, daß unser Gesetz kein Pfandrecht, sondern nur einen Anspruch darauf, einen Titel verleiht, weicht es von dem frühern Rechte auch in so weit ab, als der Titel nur für den Fall gegeben wird, wenn die Auszahlung des Vermächtnisses nicht sogleich nach dem Antritt der Erbschaft begehrt werden kann.

Aus welchem Grunde die Auszahlung nicht sogleich begehrt werden mag, ist gleichgültig. Sey's, daß der Zahltag eines purè hinterlassenen Legats noch nicht gekommen, sey's, daß die Bedingung des Vermächtnisses noch nicht eingetreten; immerhin kann der Beehrte einen Titel ansprechen, um am Zahltage, wenn die Bedingung einträte, seines Vermächtnisses sicher zu seyn. Denn das Gesetz sagt allgemein, der Beehrte hat einen Titel, wenn er die

*) Mackeldey l. c. §. 510.

Auszahlung nicht sogleich verlangen könne, ohne daß es einen bestimmten Grund der Unmöglichkeit irgend wie vorauszusetzen scheint*).

3) Ausserdem gewährt das Gesetz auch den Erbschafts-Gläubigern einen Pfandrechts-Titel, und neben ihm noch mehrere andere Mittel der Sicherheit.

I.) Es hat vor allen Dingen der Theilungs-Behörde auferlegt, die Erbschafts-Gläubiger, wo möglich sogleich baar zu befriedigen. Sollte das nicht angehen, so kommt es natürlich darauf an, ob sich die Gläubiger nicht auf andere Weise wollen befriedigen lassen. Genehmigen sie, daß man sie, statt baarer Zahlung, auf andere Weise befriedigt, und ist in der Art ihren Ansprüchen genügt, so bedarf es keines weitern Verfahrens.

Als ein solches Befriedigungs-Mittel ausser der Zahlung ist vom Gesetze namentlich angeführt, wenn die Erbschafts-Gläubiger einen andern Schuldner annehmen wollen, sey dieser nun ein Erbe, oder ein Schuldner des frühern Schuldners, ein Erbschafts-Schuldner. Billigen sie die Annahme, und entlassen sie dagegen ihren bisherigen Schuldner, hören sie mithin auf Schuldner der Erbschaft als solcher zu seyn, so kann die Sache auch wieder als abgethan betrachtet werden. Welchen Erben, und welchen oder wie viele Erbschafts-Schuldner die Gläubiger als ihre neuen Schuldner anerkennen, darauf kommt

---

*) Diese unsere Erklärung wird noch durch die Betrachtung unterstützt. Offenbar hat der hier verliehene Titel die meiste Aehnlichkeit mit der Caution, welche wegen Vermächtnisse nach den Gesetzen gefordert werden kann, da beide gleichen Zweck haben, und nur in dem Mittel verschieden erscheinen. Der Analogie von dem, was bei den Cautionen gilt, darf man daher allerdings einiges Gewicht beilegen. Eine Caution kann aber der Beehrte, wie nach unserm Gesetz den Titel allenthalben, wo er die Auszahlung nicht sogleich begehren darf, recht füglich fordern; und hieher werden gerade alle die eben aufgezählten Fälle gerechnet (l. 5. §§. 1. 2. l. 14. l. 15. pr. D. ut leg. (36, 3.))

nichts an. Hauptsache bleibt, daß der Erblasser, und die ihn gewisser Art repräsentirende Masse nicht mehr Schuldner sind, sondern ganz andere Personen, wären es selbst solche, die den Erblasser ebenfalls repräsentiren, wenn sie nur nicht in sofern Schuldner sind, als sie ihn repräsentiren.

Es versteht sich aber von selbst, daß die Befriedigung durch Annahme eines andern Schuldners nicht die einzige ist, welche ausser der baaren Zahlung möglich werden könnte. Würde nun eine andere Art der Befriedigung mit dem Willen der Gläubiger eintreten, so wäre immerhin die Sache erledigt; denn die Gläubiger sind einmal befriedigt.

II.) Findet es aber die Theilungs-Behörde nicht thunlich, die Erbschafts-Gläubiger baar zu befriedigen, und wollen diese weder einen Erben, noch einen Erbschafts-Schuldner mit Entlassung des bisherigen als ihren Schuldner anerkennen, sich auch nicht auf sonst eine Weise befriedigen lassen, so können sie einen Pfandrechts-Titel gegen das in der Erbschafts-Masse vorhandene, unbewegliche Vermögen geltend machen. Aber nicht blos sie können ihn geltend machen, sondern die Theilungs-Behörde hat die Obliegenheit ihn im Namen der Gläubiger geltend zu machen. Denn ihr liegt von Amtswegen ob, die Bestellung von Unterpfändern für die Gläubiger zu besorgen, oder wenn diese Bestellung nicht definitiv möglich seyn sollte, eine specielle Vormerkung, welche, sobald das Hinderniß gehoben ist, zurückgezogen wird, in das Unterpfandsbuch eintragen zu lassen.

Die Theilungs-Behörde hat die Obliegenheit ihn sogleich geltend zu machen, sobald sie nicht durch baare Mittel für die Befriedigung sorgen kann. Nur eine anderweitige Befriedigung befreit sie von der Pflicht. Da sie aber zu einer anderartigen Befriedigung die Zustimmung der Gläubiger haben muß, so wird sie jener Pflicht nicht los, wenn sie nicht dieser Zustimmung sogleich ver-

sichert ist. Wie sie derselben versichert werde, ist gleichgültig. Mögen die Gläubiger sich schriftlich oder mündlich vor ihr erklären, mögen sie einen oder mehrere Erben oder Erbschafts-Schuldner in einer Urkunde, oder durch concludente Handlungen als ihre alleinigen Schuldner anerkennen, so mag es die Obrigkeit wohl unterlassen, den Titel geltend zu machen.

In jedem andern Fall kann sie ihn nur auf ihre Gefahr unberücksichtigt lassen.

III.) Abgesehen von dieser Verpflichtung der Obrigkeit, leidet es keinen Zweifel, daß der Gläubiger selbst die Realisirung des ihm verliehenen Titels bewirken könne.

Macht ihn nun die Obrigkeit, wie sie soll, vor oder während der Theilung geltend, so müssen die vorgenommenen Verpfändungen natürlich berücksichtigt, und unter den Erben eine Gleichstellung getroffen werden. Dasselbe tritt ein, wenn der Gläubiger vor oder bei der Theilung seinen Titel verwirklichen läßt.

Wofern der Titel aber erst nach der Theilung geltend gemacht würde, da ist es in Allweg nicht unwichtig, ob er gegen mehrere Erben nur pro rata hereditaria angesprochen werden dürfe. Wir glauben indessen, er dürfe blos im Verhältniß zur Erbsportion angesprochen werden. Denn der Titel an sich enthält einen persönlichen, auf eine Forderung sich beziehenden, und für diese Forderung Sicherheit erzweckenden Anspruch. Da nun der Erbe in der Regel Forderungen blos in Gemäßheit seines Erbtheils übernimmt, und blos in diesem Maaße von dem Erbschafts-Gläubiger belangt werden kann, da mithin dieser Gläubiger nur eine verhältnißmäßige Forderung hat, so mag er auch nur für eine verhältnißmäßige Forderung Sicherheit durch Unterpfänder ansprechen, d. h. nur pro rata hereditaria seinen Titel geltend machen.

IV.) Die Absicht des Gesetzes ist, die Erbschafts-Gläubiger dem Erbschafts-Schuldner gegenüber zu sichern,

so oft der erstere nicht durch irgend ein Mittel befriedigt wird. Daraus läßt sich mit Gewißheit schließen, daß die gesetzliche Sicherheit wegfällt, wenn der Gläubiger sonst gesichert wäre. Denn er bedürfte der gesetzlichen Sicherheit nicht, und der Zweck wäre ohne sie erreicht. Man nehme einmal an, der Gläubiger habe bereits vom Erblasser, oder einem Dritten, Unterpfänder erhalten gehabt, so ist ihm das, was ihm die Behörde besorgen soll, Sicherheit durch Unterpfänder, bereits zu Theil geworden. Die Behörde muß mithin ihrer Verbindlichkeit entledigt seyn *).

V.) Endlich kann sich der Erbschafts-Gläubiger durch eine ausserordentliche Absonderung sichern. Das Recht dazu ist ihm durch unser Gesetz nicht zum ersten Mal verliehen worden.

Schon die bisherigen Gesetze gewährten den Erbschafts-Gläubigern das Recht der Absonderung der Erbschaft, sofern sie innerhalb fünf Jahre, vom Antritt der Erbschaft an, darauf drängen, die Erbschaft noch in dem Vermögen des Schuldners und so weit sie in demselben vorhanden wäre, und die Gläubiger nicht den Erben als ihren alleinigen Schuldner angenommen hätten **).

Mit diesem ältern Recht stimmt das neue Gesetz in sofern überein, als dasselbe dem Gläubiger das Absonderungs-Recht nur gestattet, wenn er weder den Erben noch sonst Jemand als seinen einzigen Schuldner annahm. Denn er hat das Absonderungs-Recht nur, „wenn der gesetzlichen Vorschrift im Art. 39. keine Genüge geschah." Diese Vorschrift bezieht sich auf Befriedigung und Sicherheit, und als Mittel der Befriedigung wird

---

*) Diese Vorschriften sind nicht neu, sondern, und eigentlich schon im Geiste der Commun-Ordnung S. 57. §. 11. enthalten, wie sich denn auch der Gesetzes-Entwurf darauf bezogen hatte (Ständ. Verhandl. l. c. 1e Abthlg. S. 13.).

**) l. 1. §§. 10—15. l. 2. l. ult. D. de separ. (42, 6.) l. 2. C. eod. (7, 72)

die Annahme eines neuen Schuldners betrachtet. Wo mithin der Gläubiger einen solchen wirklich annahm, da ist, wie der Vorschrift des Art. 39. genügt, so auch keine Absonderung mehr gestattet, noch kann eine solche gestattet seyn, nachdem der Erblasser und seine Repräsentantin, die Erbschafts-Masse von ihrer Schuld befreit wurden. Auch trifft unser Gesetz mit dem ältern Recht darin zusammen, daß die Absonderung nur gegen den Erben geht, sofern er Güter aus der Erbschaft besitzt, nicht aber gegen Dritte, oder gegen den Erben auf den Werth jener etwa von ihm veräusserten Güter. Es weicht aber davon ab, indem es die Klage auf einen Zeitraum dreier Jahre, vom Antritt der Erbschaft an, beschränkt, und indem es auch ein vom Erben vor einer durch den Gläubiger bewirkten Vormerkung seiner Absonderungs-Ansprüche bestelltes oder vorgemerktes Pfandrecht gegen den absondernden Gläubiger aufrecht erhält, während das bisherige Recht jede von dem Erben mit einer Erbschafts-Sache vorgenommene Verpfändung demselben weichen ließ *).

In Beziehung auf die letztere Bestimmung darf man nicht vergessen, daß, wenn einige Gläubiger ihre Ansprüche vormerken ließen, andere aber nicht, nur jene, nicht aber diese ein gültig bestelltes oder vorgemerktes Pfandrecht anfechten können. Denn so wie überhaupt die Absonderung gefordert werden muß, und Einzelne sie forden, Andere vernachläßigen mögen **), so mögen auch Einzelne sie mit größerer Wirkung fordern, wenn sie ihre Ansprüche darauf vormerken ließen.

Rücksichtlich der erstern dagegen, scheint das Gesetz durch die Worte: „auf alle diejenigen Erbschaftsstücke, deren Absonderung der Gläubiger innerhalb drei Jahre gefordert hat," jeden Streit, welcher im ältern Recht darüber

---

*) l. 1. §. 3. D. eod.

**) l. 1. pr. D. eod. Auch unser Gesetz sagt: „deren Absonderung er verlangt hat."

Statt fand, ob man nicht auch nach fünf Jahren die Absonderung von erkennbaren Erbschafts-Sachen fordern dürfe, zu Gunsten deren entschieden zu haben, welche ihr, gesetzlich-richtig, nach Verfluß dieser Zeit entgegen waren.

Darüber indessen ist zwischen unserm Gesetz und dem älteren Recht kein Unterschied, daß die Absonderung wegfällt, wenn die Erbschafts-Sachen mit denen des Erben so vermischt sind, daß man sie nicht zu trennen vermag. Berührt unser Gesetz auch diesen Punkt nicht, so muß man doch annehmen, es habe sich dem ältern Rechte anschließen wollen *).

4) „Die vorstehenden Bestimmungen finden auch im Falle einer elterlichen Vermögens-Uebergabe ihre Anwendung.“ Die „vorstehenden“ Bestimmungen, d. h. die kurz vorher rücksichtlich der Erbschafts-Gläubiger angegebenen, umfassen nicht blos das Recht der Absonderung, auch nicht blos den Pfandrechts-Titel, noch Beides ohne die obrigkeitliche Verpflichtung den letztern geltend zu machen, sondern Alles zusammen. Alle Rechte und Vortheile, welche das Gesetz den Erbschafts-Gläubigern ge-

*) l. 1. §. 12. D. eod. Das Gesetz spricht in Hinsicht des Absonderungs-Rechts nur von Erbschafts-Gläubigern. Indessen konnten nach früherm Rechte auch noch andere Personen, z. B. Legatarien, eine Absonderung der Erbschafts-Güter verlangen. l. 6. pr. D. eod. Man glaube nun nicht, daß unser Gesetz, weil es derselben bei der Absonderung nicht namentlich erwähnt, ihnen die Befugniß der Absonderung versagen wollte. Vielmehr müßten wir sie denselben, auch ohne das ältere Recht, analog zugestehen. Um so weniger kann sie jetzt verweigert werden, wo unser Gesetz durch sein Stillschweigen, das ältere Recht nicht nur nicht aufhebt, sondern bestätigt. Es darf aber kaum erinnert werden, daß, inwiefern das neuere Gesetz, die älteren Grundsätze, hinsichtlich der Gläubiger, modificirt, diese Modificationen analog, auch auf Legatarien, ihre Anwendung leiden. Ueber die verschiedenen Wirkungen der Absonderung, sowohl in Betracht der Absondernden, als des Erben und seiner Gläubiger, ist hier nicht der Ort, zu handeln.

währt, sind auch denen verliehen, welche Gläubiger einer übergebenen Masse sind.

Unter „Vermögens-Uebergabe" versteht das Gesetz nicht die Uebergabe eines einzelnen Theils, eines einzelnen Stücks des Vermögens, sondern des ganzen Vermögens. Das liegt schon in dem Wortsinn von Vermögens-Uebergabe und geht auch daraus hervor, daß wie den Gläubigern hier und bei einem Erbfall Gleiches gewährt wird, so auch die Voraussetzungen der Gewährung gleich seyn müssen. Sie sind aber nur dann gleich, wenn, wie bei der Erbschaft, so bei der Uebergabe ein ganzes Vermögen von dem bisherigen Besitzer auf einen andern kommt.

Das Gesetz redet von einer „elterlichen" Uebergabe. Das Wort elterlich darf nicht strenge genommen werden. Vielmehr muß von jeder andern Uebergabe, sobald sie ein ganzes Vermögen umfaßt, dasselbe gelten. Wer alle seine Habe an einen Dritten verschenkte, oder gegen eine jährliche Rente hingäbe, ohne daß dieser Dritte gerade sein Nachkomme wäre, der ist mit Eltern, die ihr Vermögen weggeben, in gleichem Verhältniß, und seine Gläubiger, die in der nämlichen Lage mit den Erbschafts-Gläubigern und denen vergebender Eltern sind, müssen auch der nämlichen Rechte theilhaftig erkannt werden.

5) Das gesetzliche Pfandrecht der Bau-Gläubiger umfaßte nach dem bisherigen Recht, theils sofern es privilegirt, theils sofern es einfach war, an erster Stelle und hauptsächlich diejenigen, welche zum Bau oder zur Besserung eines Hauses Geld herliehen *).

*) Landrecht Thl. 1. §. 31..... Es wäre dann, daß einer zu nothwendigem Baw, vnd Vnterhaltung desselbigen Guts gelihen. Thl. 2. Tit. 8. §. 2. So dann jemand einem andern Gelt leiht, daß er ein Haus bawe, oder sein Haus bessere..... Vnd gilt gleich, das Gelt werde baar bezahlt oder den Werkleuten, oder in andere Wege, von des Bawes wegen, außgegeben. Welches auch Statt haben, wenn einer zu Erbawung oder Besserung eines Hauß, Stein, Holz oder dergleichen Materialien gegeben hätte.

Das neue Gesetz hingegen gibt gerade denjenigen keinen Titel, welche Geld zur Erbauung oder Wiederherstellung oder Ausbesserung eines Hauses hergeliehen haben, weil es jeder Darleiher, wie viel oder wie wenig er leihe, und wem er das Geld zunächst gebe, dem Bauherrn, oder aus seinem Auftrag dem Unternehmer oder Arbeiter, in seiner Gewalt hat, sich einen Pfandrechts-Titel zu bedingen. Der Titel wird nur denen gewährt, deren Forderungen allmählig entstehen *).

Das Gesetz spricht von einem „Gebäude oder baulichen Werk." Es ist demnach für den Titel so wenig, als bisher für das Pfandrecht nöthig **), daß gerade ein Wohnhaus es sey, wozu man arbeite oder Materialien liefere. Er wird unter der gesetzlichen Voraussetzung bei jedem Gebäude gegeben, sey es zur Wohnung oder zu einem andern ökonomischen Gebrauche bestimmt, in einer Stadt, einem Dorf, oder auf dem Felde aufgeführt, aber nur für dieses Gebäude, nicht im Allgemeinen, nicht für das Vermögen des Schuldners überhaupt, wie auch das frühere gesetzliche Pfandrecht ein völlig specielles war.

6) Unsere bisherigen Gesetze kannten ein gesetzliches Pfandrecht dessen, welcher auf Borg verkaufte 9), ferner ein sogenanntes richterliches Pfandrecht, welches in Folge eines rechtskräftigen Erkenntnisses durch Einweisung des Gläubigers in die Immobilien des Schuldners entstand 10).

Das neue Gesetz weiß nur von Einer Entstehungsart des Unterpfands, und durchaus nichts davon, daß allenthalben, wo das ältere Recht ein Pfandrecht erzeugen ließ, ein Pfandrechts-Titel gewährt werden müsse.

Dem gemäß gibt es auch bei einem Verkauf auf Borg nur alsdann einen Titel, wenn das Gut in Folge

---

*) Ständ. Verh. l. c. 1e Abthlg. S. 134. 2e Abthlg. S. 257.

**) Gmelin. l. c. §. 104. Griesinger l. c. Thl. 2.

9) Landrecht Thl. 2. Tit. 8. §. 8.

10) l. 10. D. qui pot. in pign. (20, 4.) l. 1. C. si in caus. jud. (8, 23.) Gesterding l. c. S. 120. u. 121.

erkannter Hülfs-Vollstreckung verkauft, dagegen, was in der Regel geschehen soll [11]), keine baare Bezahlung erzielt werden konnte, so daß dieser Titel ein Nachbild des pignus judiciale und des stillschweigenden Pfandrechts bei einer Borg-Veräusserung zugleich zu enthalten scheint.

Ihn soll die Behörde, unter strenger Verantwortlichkeit sogleich bei dem Erkenntniß geltend machen. Denn nachdem über den Contrakt gerichtlich erkannt wurde, und der neue Erwerber als Eigenthümer gilt, könnte ein bestelltes Unterpfand durch den frühern Titel eines andern Gläubigers nicht leiden. Darum ist es Pflicht der Behörde, gleich beim Erkennen auch den Titel zu verwirklichen, oder sich Gefahr und Verantwortlichkeit auszusetzen.

Daß der Vorbehalt eines dinglichen Rechts bei Veräusserung eines Guts zur Sicherheit einer Forderung, heiße er nun Eigenthums- oder Pfandes-Vorbehalt an sich kein Pfandrecht verleihe, ist klar, nachdem das Unterpfand in seinem Begriff schon den Eintrag in das Unterpfandbuch und die Mitwirkung der Obrigkeit voraussetzt. Soll mithin durch den Vorbehalt ein Pfandrecht entstehen, so muß er in das Unterpfandsbuch für eine bestimmte Summe eingetragen werden.

Auf der andern Seite bedarf er dieses Eintrags nicht, wenn er kein Pfandrecht geben, sondern den Uebergang des Eigenthums in Wahrheit aufschieben oder den Rückgang desselben auflösend bedingen soll. Denn Eigenthum kann ohne Eintrag in ein öffentliches Buch erworben und gegeben werden. Welcher Gefahr sich übrigens der Veräussernde Preis gebe, wenn er die Veräusserung aber nicht die aufschiebende oder auflösende Bedingung in das Unterpfands- oder Güter-Buch eintragen läßt, werden wir später erfahren.

---

11) Executions-Gesetz §. 56.

II. Erwerbung des Unterpfands.

Art. 47.

Die Erwerbung des Unterpfands geschieht durch die Eintragung in das Unterpfandsbuch, nach vorgängigem obrigkeitlichen Erkenntnisse über die rechtliche Zulässigkeit der Unterpfands-Bestellung.

Ohne jene Eintragung ist ein Unterpfand nicht vorhanden, selbst wenn von der Obrigkeit ein Pfandschein ausgestellt worden seyn sollte.

Art. 48.

Zur Herstellung des Beweises, daß über die Unterpfands-Bestellung erkannt worden, genügt es hinsichtlich des formellen Rechtsbestandes des Unterpfands an dem gesetzmäßig vollzogenen Eintrag in dem Unterpfandsbuche. Ein Gegenbeweis aus den amtlichen Protokollen oder andern Akten ist in der erwähnten Hinsicht ausgeschlossen.

Wir haben bereits gesehen, daß ein Unterpfand nur durch Eintrag in das Unterpfandsbuch und unter Mitwirkung der Obrigkeit bestellt werden könne, und beide Erfordernisse so wesentlich gefunden, daß wir, wo das eine oder das andere fehlte, kein Unterpfand als bestellt und vorhanden anzunehmen vermochten [1]). Wenn demnach der Eintrag unter Mitwirkung der Obrigkeit entschiedene Bedingung für das Daseyn eines Unterpfands ist, und dasselbe nur durch ihn entsteht, so kann auch, was das Nämliche sagt, ein Unterpfand, oder ein Pfandrecht, welches Unterpfand genannt wird, nur durch Eintrag und Mitwirkung der Obrigkeit erworben werden.

1) Unser Gesetz hatte im Art. 2. ausgesprochen, daß

1) Commentar Art. 2. Nro. 4 und 5.

ein Unterpfand nur durch Mitwirkung der Obrigkeit und obrigkeitlichen Eintrag in das Unterpfandsbuch bestellt, wie es hier ausspricht, daß dasselbe dadurch erworben werden könne, aber das, was unter obrigkeitlicher Mitwirkung zu verstehen sey, nicht näher bestimmt. Diese Bestimmung macht es nun in gegenwärtigen Artikeln, indem es dieselbe durch „obrigkeitliches Erkenntniß über die rechtliche Zuläßigkeit der Unterpfands-Bestellung" erklärt *).

2) Durch obrigkeitliche Eintragung in das Unterpfandsbuch nach vorgängigem obrigkeitlichen Erkenntniß wird ein Unterpfand bestellt und erworben. Beides, die Eintragung und das Erkenntniß, sind zusammen wesentlich. Welches auch fehle; so ist das Unterpfand nicht bestellt, und nicht erworben, also kein Pfandrecht vorhanden.

Was den Eintrag in das Unterpfandsbuch namentlich betrift, so wird derselbe durch den Pfandschein nicht ersetzt, obgleich dieser auch eine öffentliche Urkunde, und seine förmliche Ausstellung die Förmlichkeit der Eintragung, wie wir später sehen werden, ersetzen kann.

Was hingegen das nicht weniger wesentliche, vor-

*) Diese Erklärung bringt das neue Gesetz ganz genau in Verbindung mit dem ältern Recht, welches bei öffentlichen Verpfändungen ebenfalls eine Untersuchung der Behörde, und ein Erkenntniß der Zuläßigkeit forderte. Indessen dürfen wir nicht sogleich schließen, daß die vorzunehmende Untersuchung auf dieselbe Weise und über dieselben Gegenstände, wie früher so jetzt vorgenommen werden müße. Nach den frühern Gesetzen sollte die Behörde untersuchen und darüber erkennen, ob die zu verpfändenden Gegenstände wirklich dem Verpfänder gehören, nicht schon verpfändet seyen, und dem Gläubiger hinlängliche Sicherheit gewähren, zu welchem Entzweck der Schuldner Geld aufnehme, und ob er dessen benöthigt. (Hierüber Bolley l. c. §. 86 — 91.) Das neuere Gesetz hat in dieser Beziehung besondere, ausdrückliche, theils übereinstimmende theils abweichende Vorschriften gegeben, die wir am gehörigen Orte kennen lernen und erörtern werden. Vor der Hand halten wir nur den Satz fest, die Mitwirkung der Obrigkeit bestehe in ihrem Erkenntniß über die Zuläßigkeit der Pfandbestellung.

gängige Erkenntniß der Behörde anbelangt, so wird daſselbe vermuthet, ſobald die Eintragung in das Unterpfandsbuch geſetzmäßig vorgenommen wurde. Es bedarf mithin keines beſondern Beweiſes, daß die Behörde über die Zuläßigkeit der Unterpfands-Beſtellung erkannt habe; das Erkenntniß wird als erwieſen vorausgeſetzt, iſt nur ein geſetzlich-gültiger Eintrag vorhanden.

Auf dieſe Weiſe geſchieht es, daß entweder der Eintrag und das Erkenntniß als vorhanden angenommen werden, oder keines von beiden. Denn jeder geſetzmäßige Eintrag liefert den Beweis des Erkenntniſſes; und dieſer Beweis könnte nur da fehlen, wo der Eintrag gar nicht, oder nicht geſetzmäßig, alſo rechtlich wieder gar nicht vorhanden wäre.

3) Indeſſen möchte man doch denken, daß ein geſetzmäßiger Eintrag aber kein Erkenntniß vorliege, inſofern die aus dem Eintrag mit Beweiſeskraft gefolgerte Vermuthung durch einen Gegenbeweis entkräftet würde. Dem zu begegnen ſpricht das Geſetz aus: „ein Gegenbeweis aus den amtlichen Protokollen oder andern Akten iſt ausgeſchloſſen.“

Der Gegenbeweis iſt ausgeſchloſſen, nicht nur ſofern er aus amtlichen Protokollen, ſondern auch ſofern er aus andern Akten geführt werden ſollte. Welcher Art Akten es ſeyen, woraus er geführt würde, ob ſolche, die unter öffentlicher Autorität verfaßt ſind, ob Privatakten, macht keinen Unterſchied. Aber nicht nur Akten, ſondern auch jedes andere Beweismittel iſt ausgeſchloſſen. Das iſt ſchon nach dem Geiſte des Geſetzes wahr. Denn, wenn ein Gegenbeweis aus öffentlichen Urkunden, die doch über jeden Zweifel erhaben ſind, verworfen wird, ſo muß er noch mehr verworfen werden, ſofern er durch Zeugen, Bekenntniſſe, oder den Eid geführt werden möchte. Da ferner der Ausdruck „Akten“ ein allgemeiner iſt, und der Gegenbeweis aus Akten jeder Art nur als ein Gegenbeweis durch die in Akten niedergelegten eidlichen oder ein-

fachen Bekenntnisse, Urkunden, Zeugenaussagen erscheinen kann, da endlich Urkunden wie öffentliche Protokolle nur als Bekenntnisse oder Zeugen=Aussagen mit geringerer oder größerer Kraft beweisen, und das Gesetz dennoch jeden Beweis durch öffentliche Protokolle oder andere Akten im Allgemeinen ausschließt, so hat es alle Beweismittel, und um so mehr ausgeschlossen, wenn sie an und für sich selbst und nicht in dem Gewand öffentlicher Urkunden erscheinen sollten.

Diese Ansicht wird bestätigt, wenn wir in dem Gesetzes=Entwurf, der durch die Stände rücksichtlich dieses Punktes nicht abgeändert wurde, durch das Gesetz mithin keinen andern Sinn, sondern einzig und allein eine andere Fassung erhalten haben kann, lesen [2]): „Ein Gegenbeweis aus den amtlichen Protokollen u. s. w. ist gänzlich ausgeschlossen.“ Ganz nach unsrer Ansicht hat auch der ständische Ausschuß den Entwurf aufgefaßt, und es sogar als Folge der Grundsätze nothwendig gefunden, daß gar kein Gegenbeweis zuläßig sey, und das einzig entscheidende Kennzeichen im Eintrag liege [3]).

4) Verschieden von einem Gegenbeweis gegen das aus dem Eintrag erwiesene Erkenntniß, ist ein Beweis gegen den Eintrag selbst und seine Gesetzmäßigkeit. Ein gesetzmäßiger Eintrag ist die unerläßliche Bedingung des vermutheten Erkenntnisses. Wo es an ihm fehlt, da fehlt es an der Grundlage jener mit unerschütterlicher Beweiseskraft versehenen Vermuthung. Es ist demnach kein Beweis gegen die Vermuthung, sondern ein Beweis ge=

---

2) Ständ. Verhandl. l. c. 1e Abthlg. S. 15.

3) Der Ausschuß sagt: „Der Gesetzes=Entwurf gibt aber auch den Eintrag als das einzige Kennzeichen an, aus welchem beurtheilt wird, ob jene Prüfung geschehen ist .., und läßt einen Gegenbeweis ..... nicht zu ..... Immer ist der Eintrag das einzige entscheidende Kennzeichen über die Frage, ob ein Unterpfands=Recht bestehe [(Ständ. Verhandl. l. c. S. 135.).

gen ihre Grundlage. Dieser muß immerhin gestattet seyn, weil ihn das Gesetz vernünftiger Weise nicht ausschließt. Er muß um so mehr gestattet seyn, als der Eintrag eben so wesentlich ist wie das Erkenntniß, und das letztere für sich allein keine Wirksamkeit hat. Das Daseyn des Eintrags und seiner Gesetzmäßigkeit, ohne welche er selbst rechtlich nicht da ist, steht daher an sich schon, auch den Beweis des Erkenntnisses nicht berücksichtigt, jedem rechtlichen Angriff offen, und kann ihm nicht anders denn offen stehen.

Würde mithin der Eintrag an sich angegriffen, indem man ihn ganz, oder in wesentlichen Förmlichkeiten als unächt und falsch ansicht, oder würde seine Gesetzmäßigkeit aus irgend einem Grunde in Zweifel gezogen, so wäre hierüber ein Beweis allerdings erlaubt. Dieser zunächst gegen das rechtliche Daseyn des Eintrags gerichtete Beweis enthielte indirekt auch den Beweis, daß nicht erkannt wurde, sofern das Erkenntniß rein aus dem Eintrag gefolgert werden soll. Aber weil er nicht gegen die Vermuthung, sondern gegen den Eintrag an sich geführt wird, so ist er durch das Gesetz nicht abgeschnitten.

Diese Wahrheit ist in der Natur der Sache so sehr begründet, daß unser Gesetz die ausdrückliche Bestimmung des Entwurfs: „es bleibe der Beweis der Falschheit des Eintrags oder eines dabei vorgegangenen Betrugs jederzeit vorbehalten" — nicht wiederholen zu dürfen glaubte.

III. Umfang des Unterpfands.

a) In Ansehung der verpfändeten Sache.

Art. 49.

Das Unterpfands-Recht begreift in sich: 1) die Hauptsache mit den etwaigen Zubehörungen; 2) den Zuwachs der Hauptsache, von Zeit der geschehenen Verpfändung an; 3) die natürlichen Früchte, welche zur Zeit der Erhebung der

Schuld- oder Pfand-Klage, oder der Erkennung des Gants, noch nicht abgesondert sind, so wie diejenigen, welche von diesem Zeitpunkt an erhoben werden; 4) die bürgerlichen Früchte, welche in gedachtem Zeitraume fällig werden.

Art. 50.

Hat inzwischen der Pächter in Gemäßheit des Pachtvertrags das Pachtgeld vorausbezahlt; so können ihm die Früchte des laufenden Jahrs nicht entzogen werden. Wird hierbei der Angriff des verpachteten Guts vor dem Bezug der Früchte verhängt, so ist der Pächter deshalb von dem Erlöse des Unterpfands zu entschädigen.

Art. 51.

Ist mit einer unbeweglichen Sache eine Gesammtheit von beweglichen Zubehörungen verpfändet, so unterliegen dem Pfandrechte alle die einzelnen, auch später erworbenen Sachen, welche zur Zeit der Erhebung der Pfand-Klage jene Eigenschaft haben.

Art. 52.

Wenn die Sache, worauf der Gläubiger ein Unterpfand erworben hat, durch eine mit oder ohne Verschulden des Eigenthümers entstandene Verschlimmerung der Substanz im Werthe so gemindert ist, daß sie dem Gläubiger für seine Forderung nicht mehr hinlängliche Sicherheit gewährt; so kann dieser in Ermanglung einer zu Ergänzung der Sicherheit vom Schuldner dargebotenen anderweitigen Verpfändung, gleichbald Zahlung fordern, wenn auch die Verfallzeit noch nicht eingetreten ist.

Doch muß der Gläubiger, wenn die Forderung eine unverzinsliche ist, den Abzug der Zwischenzinsen sich gefallen lassen.

---

1) Wir haben bereits Gelegenheit gehabt, zu bemerken, daß die Zubehörungen einer Sache auch ohne ausdrückliche Verpfändung als mitverpfändet gelten, so man nur irgend weiß, was Zubehör sey [1]), und wollen nun diese Bemerkung hier, wo sie eigentlich hingehört, noch mit einigen andern Gründen unterstützen. Alle Zubehör, die natürliche wie die durch menschlichen Willen bestimmte, wird in einem gewissen Sinn als Theil der Hauptsache betrachtet, und geht mit ihr auf jeden Besitzer über [2]). Natürlicher Weise muß sie daher auch, wenn die Hauptsache verpfändet wurde, als mitverpfändet betrachtet werden. Sollte sie ausnahmsweise, ohne besondere Verpfändung, nicht für verpfändet gelten, so mußte unser Gesetz diese Abweichung von dem bisherigen Rechte und den sonst geltenden Grundsätzen mit deutlichen Worten aussprechen. Die Abweichung ist aber nicht nur nicht mit Worten ausgesprochen, sondern auch nicht durch den Geist des Gesetzes gerechtfertigt. Zwar verlangt es völlige Gewißheit, Bestimmtheit und genaue Bezeichnung des verpfändeten Gegenstands, aber es verlangt nicht, daß wo die Hauptsache einmal verpfändet wurde, nun auch die einzelnen Zubehörungen derselben besonders verpfändet werden sollen. Man denke sich nur, ob es nicht ans Ungereimte gränzte, wenn man annehmen wollte, die Ziegel auf dem Dache seyen nicht in der Verpfändung des Hauses mitbegriffen, sondern müßten besonders verpfändet werden; und doch sind sie sogar eine durch menschliche Bestimmung entstandene Zubehör [3]). Was sich allein mit einigem Schein behaupten ließe, wäre etwa, daß alle

---

1) Commentar Art. 3 und 4. Nro. 3.

2) l. 13. §. 31. — l. 19. D. de act. emt. (19. 1.)

3) Man vergl. nur l. 17. §. 10. l. 18. §. 1. D. eod.

Zubehör, die nicht sogleich als Zubehör erschiene, besonders bezeichnet werden sollte, nicht um sie besonders zu verpfänden, und als wesentliches Erforderniß, sondern um sie zu kennen, und der Ungewißheit über das, was Zubehör sey, vorzubeugen 4).

2) Es können aber auch Zubehörungen ausdrücklich mit der Hauptsache verpfändet werden, und zwar einzelne, oder alle. In diesem Falle kommt es darauf an, ob nur alle, welche zur Zeit der Verpfändung Zubehörungen waren, oder ob alle, welche es waren und seyn würden, die Zubehörungen überhaupt, und was irgend zu Zubehörungen bestimmt würde, die Zubehörungen als Gesammtheit verpfändet wurden.

Sind alle Zubehörungen überhaupt und als Gesammtheit verpfändet worden, so erstreckt sich das Pfandrecht nicht blos auf die, welche es zur Zeit der Verpfändung waren, sondern auch auf die, welche nachher diese Eigenschaft erhielten, überhaupt auf alle, aber auch nur auf alle, welche zur Zeit der Erhebung der Pfandklage diese Eigenschaft haben. Hier zeigt sich denn zwischen dieser Verpfändung einer Gesammtheit von Zubehörungen, und der ausdrücklichen Verpfändung aller zur Zeit der Verpfändung vorhandenen, oder auch der Verpfändung der Sache überhaupt, der wesentliche Unterschied, daß in den beiden letzten Fällen eine getrennte Zubehör dem Pfandnexus nicht entzogen ist *), in dem ersten aber, weil blos

---

4) Eben daher haben wir früher den Satz aufgestellt, daß Zubehörungen für sich allein verpfändet werden können. Denn mit der Hauptsache sind sie an sich verpfändet, und wären es auch ohne besondere gesetzliche Bestimmung gewesen, weil sie schon nach allgemeinen Grundsätzen als Theil einer unbeweglichen Sache für unbeweglich gelten müßten (fundi, aedium sunt, pars fundi, domus portio). Die ausdrückliche Gestattung des Gesetzes kann sich mithin nur auf ihre abgesonderte Verpfändung beziehen. Die besondere Bezeichnung, wenn sie für sich verpfändet werden, versteht sich als wesentlich nach Art. 10. von selbst.

*) Comment. zu Art. 3 und 4. Nro. 4.

eine Gesammtheit verpfändet wurde, nach Analogie der bisherigen generellen Verpfändungen *), die Trennung auch das Pfandrecht aufhebt. In diesem Sinne sagt denn das Gesetz von einer verpfändeten Gesammtheit: „es unterliegen ihr alle die Sachen, welche zur Zeit der Erhebung der Pfandklage diese Eigenschaft haben;" woraus von selbst folgt, daß die Sachen, welche zu jener Zeit die Eigenschaft nicht haben, ihr nicht unterliegen, ohne Rücksicht, ob sie dieselbe irgend einmal gehabt hätten.

3) Was das Gesetz in Hinsicht der Accessionen und Früchte anordnet, bedarf um so weniger einer Erörterung, als es meistens mit dem bisherigen Rechte übereinstimmt[5]). Nur noch die Frage muß entschieden werden, wie es mit den Früchten zu halten sey, welche vor der Klage oder vor dem Concurse abgesondert, aber noch nicht consumirt worden sind. Das bisherige Recht ließ das Pfandrecht auch darauf gehen[6]); allein nach unserm Gesetz können wir keine Klage gestatten, da dasselbe ausdrücklich sagt: „welche noch nicht abgesondert sind **)."

---

*) l. 15. pr. l. 34. pr. D. de pign. (20. 1.)

5) l. 18. §. 1. D. de pign. act. (13, 7.) l. 16. pr. §. 4. D. 20. 1. l. 3. C. 8. 15. Voet, Coment. lib. 20. Tit. 1. §§. 3. u. 4.

6) l. 16. §. 4. D. cit. Lauterbach, Colleg. Pand. l. 20. tit. 1. §. 77. Thibaut P. R. Thl. 2. §. 644.

**) Fassen wir alle die Gegenstände zusammen, worauf sich das Pfandrecht erstreckt, so zeigt es sich, daß weder bei den Accessionen, noch den Früchten irgend eine besondere Verpfändung, und in Folge derselben, eine besondere Bezeichnung erforderlich oder möglich ist. Jene und diese sind an und für sich selbst verpfändet, wenn einmal die Hauptsache verpfändet ist. Müßte es nun nicht völlig unnatürlich seyn, wollten wir die Zubehörungen, welche das Gesetz in gleicher Reihe mit den Accessionen und Früchten nennt, auszeichnen, und nur dann verpfändet seyn lassen, wo sie ausdrücklich mitverpfändet wurden? Gewiß hätte das Gesetz sie nicht auf die gleiche Linie mit den

Rücksichtlich der bürgerlichen Früchte macht übrigens unser Gesetz eine Ausnahme zu Gunsten des Pächters, welcher den Pachtschilling vorauszahlte. Sie ward durch die ständische Commission und einen Antrag der Landstände veranlaßt[7]). Der Genuß der Früchte soll nehmlich dem Pächter verbleiben, und er damit dem Pfand-Gläubiger vorgehen, wenn etwa während des Jahrs, wofür die Vorauszahlung geschah, der Letztere mit seiner Pfandklage aufträte, oder auch der Gaunt ausbräche. Die Ausnahme betrifft nur das laufende Jahr. Hätte mithin der Pächter seinen Pacht-Schilling auf länger denn Ein Jahr vorausbezahlt, so würde ihm denn doch der Vorzug nur für Ein Jahr, und zwar das laufende zustehen*).

4) Wir haben bereits oben[8]) von den Wirkungen des besondern Pfandrechts-Titels in dem Fall gehandelt, wenn die zur Verpfändung bezeichnete Sache vor derselben sich als eine fremde, mit verborgenen Mängeln behafte zeigt, oder in ihrem Werthe vermindert wird.

Das Gesetz spricht nun hier davon, wenn die Sache nach der Verpfändung an Werth vermindert wurde, und gibt dem Gläubiger, der sie nicht durch eigene Schuld herbeiführte, die Befugniß, eine Ergänzung in so weit zu fordern, bis er die ihm gebührende Sicherheit, d. h. das ihm durch Gesetz oder Vertrag zustehende Maaß des

---

Accessionen und Früchten, ohne weitere Bemerkung gestellt, so nicht der Umfang des Pfandrechts sich gleicher Art auf die einen, wie die andern erstrecken sollte.

7) Ständ. Verh. l. c. 2e Abthlg. S. 238—240. u. 386.

*) Im Uebrigen geht das Recht des Pächters nicht so weit, daß er den Verkauf des verpachteten Guts, vor dem Bezug der Früchte, verhindern könne. Vielmehr muß er sich denselben gefallen lassen, und sich mit einer Entschädigung begnügen. Denn hierauf hat ihn das Gesetz ausdrücklich beschränkt.

8) Comment. zu Art. 15. 16. Nr. 3.

Pfandwerthes erlangt hat, und im Falle ihm der Schuldner die Sicherheit nicht zu ergänzen vermöchte, gleichbald und noch vor der Verfallzeit auf Zahlung zu dringen.

Analog müssen wir nun den Fall, wenn die Sache nach der Verpfändung als eine fremde angesprochen und entwehrt wird, oder wenn sich an ihr verborgene und dem Gläubiger unbekannte, seine Sicherheit mindernde Beschränkungen und Mängel offenbaren, dem ersten ganz gleich stellen, und dem Gläubiger, der hier jedenfalls ohne seine Schuld wegen seiner Sicherheit Gefahr läuft, dieselbe Befugniß einräumen. Wir sagen: ohne seine Schuld, weil wir, wie natürlich voraussetzen, daß er weder die Eigenschaften der Sache, noch die Beschränkungen des Verpfänders zur Zeit der Verpfändung kannte *).

7) Setzen wir gleich voraus, daß die Sicherheit des Gläubigers erst nach der Verpfändung aufhöre, oder vermindert werde, so bleibt es doch von Werth, auf den der Verpfändung zu Grund liegenden Titel Acht zu haben.

a) Der Titel war ein allgemeiner; alsdann hat es keinen Zweifel, daß, worauf er sich auch stütze, auf Vertrag oder Gesetz, der Gläubiger Ergänzung seiner Sicherheit oder Zahlung fordern könne. Nur die einzige Ausnahme tritt hier ein, wenn der Gläubiger die Eigenschaft

---

*) Dadurch ist eine im gemeinen Rechte bestrittene Frage (Ob nehmlich der Gläubiger ein anderes Pfand, oder einzig und allein sein Interesse verlangen könne?) auf eine Weise entschieden, wie sie die richtige Ansicht bis jetzt schon entschieden hatte (Thibaut P. R. Thl. 2. §. 648.). Eben durch diese Entscheidung erhalten wir vermittelst Analogie eine Bestätigung dessen, was wir früher, abgesehen davon, und durch sich selbst für den Fall klar zu machen suchten, wenn der Gläubiger einen besondern Pfandrechts-Titel hatte, und ihm durch irgend einen der angeführten Umstände die zu verpfändende Sache vor der Verpfändung keine oder keine volle Sicherheit mehr zu geben im Stande ist.

der Sache kannte und sich dabei begnügte, oder gar dolose schwieg, oder wenn die Verminderung des Werths durch ihn entstand. Die letztere Ausnahme ist im Gesetz, welches zunächst ohne Rücksicht auf den Pfandrechtstitel spricht, klar enthalten; die erstern müssen vermöge allgemeiner Grundsätze, und weil der Gläubiger nicht ohne Schuld ist, wenn er Geringeres, das er als solches kannte, annahm oder gar in böser Absicht annahm, dem bisherigen bereits früher erwähnten Rechte ganz analog gemacht werden[9]).

b) Es stand dem Gläubiger ein besonderer Titel zu:

α) Aus dem Gesetze. Da kann er weder wenn die Sache als fremd entwehrt wird, noch wenn sie verborgene Mängel und Beschränkungen hat, Ergänzung der Sicherheit verlangen. Denn er ist auf die Sache gewiesen, wie sie ist; und der Schuldner hat alles geleistet, wenn er den gesetzlichen Titel realisiren ließ. Nahm aber ihr Werth ab, so kann er keine Ergänzung ansprechen, ob die Schuld in ihm oder in einem Zufall lag. Denn da es bei dem besondern gesetzlichen Titel auf den Werth des Pfandes gar nicht ankommt, und der Gläubiger sich durchaus blos an die gesetzlich bezeichnete Sache halten kann, so tritt der Fall des Gesetzes, daß er keine hinlängliche Sicherheit hätte, gar nicht ein. Wie viel oder wie wenig die Sache werth ist, so kann der Gläubiger nicht über sie hinaus; ihr Werth bleibt gesetzlich unberücksichtigt (Art. 13.); mithin hat er immerhin hin-

---

9) Man sieht hier, welch ein Unterschied es ist, ob die Ergänzungs-Ansprüche vor oder nach der Verpfändung entstehen. Vorher hat sich der Gläubiger, der zur Sicherheit überhaupt berechtigt, und auf keine einzelne Sache gewiesen ist, auch nicht um das zu kümmern, was das Einzelne selbst durch seine Schuld trifft. Nachher, wo die Verpfändung bereits vollzogen, kommt es allerdings darauf an, ob sie mit seinem Wissen und Willen unrichtig vollzogen, oder ob sie, wenn auch richtig vollzogen, nachher durch seine Schuld weniger wirksam wird.

längliche Sicherheit, vielleicht nicht nach den Umständen, aber doch nach dem Sinne des Gesetzes.

β) Aus einem Testamente. Diese auf einem Testament beruhende Verpfändung enthält ein durch den Erben gewährtes Legat, und daher kann den frühern ausgeführten Grundsätzen gemäß der Berechtigte nur mit Unterscheidung eine Ergänzung ansprechen, wenn die Sache entwehrt wird, oder verborgene Mängel hätte. Sonst ist der Gläubiger ebenfalls genau an die Sache gewiesen, und man muß ebenfalls nach Art. 13. sagen: „wird mit Begründung des Rechts auf die Verpfändung zugleich der Gegenstand bestimmt, so hat es hiebei sein Bewenden.“ Auf seinen Werth an sich kommt nichts an. Ward daher der Gegenstand im Werthe vermindert, so muß man nicht nur dem schuldigen Gläubiger eine Ergänzung absprechen, sondern auch beim Zufall anerkennen, daß der nach der Voraussetzung einzig auf ihn verwiesene Gläubiger, eine im gesetzlichen Sinne des Worts hinlängliche Sicherheit hat, also keine Klage auf Ergänzung haben kann, die ihm nur zustünde, wo die gesetzliche Sicherheit nicht hinlänglich wäre.

γ) Vermöge eines Vertrags. Hier leidet es wohl kaum einen Zweifel, daß der Gläubiger nach der Verpfändung wie vorher neue Sicherheit oder Ergänzung ansprechen darf, wenn die Sache als eine fremde erscheint, oder unbekannte Mängel offenbart.

Kam der Werth der Sache durch Veranlassung des Gläubigers im Werthe herab, so steht ihm natürlich kein Recht zu, so wenig, als wenn der Zufall das Maaß seiner Sicherheit verringerte. Denn auch hier ist er, nach der Annahme, an eine bestimmte Sache einmal gewiesen, und wie niedrig deren Werth sey, dem Gesetze gemäß im Besitze hinlänglicher Sicherheit *).

*) Doch die einzige Ausnahme müssen wir gelten lassen, daß der Gläubiger auch wegen eines Zufalls eine Vermehrung der Sicherheit mit Recht verlangt, wenn bei der Verab-

In allen den angeführten Verhältnissen aber ist es unbestreithar, daß der Verpfänder, welcher durch seine Schuld den Werth der Sache herabbrachte, eine Ergänzung der Sicherheit gewähren muß. Denn er kann in keinem Fall, auf welchen Titel auch die Verpfändung sich stütze, ohne dafür einzustehen, und Ersatz zu leisten, die Sicherheit des Gläubigers schmälern.

6) Mit dem Anspruch auf Ergänzung steht dem Berechtigten auch der auf Zahlung zu; doch nicht zu gleicher Zeit, sondern nur alsdann, wenn der Schuldner keine anderweitige Verpfändung darbietet, sey es, daß er nicht will, oder nicht kann. Die nächste Forderung muß also auf eine Vermehrung gerichtet seyn.

Kommt es endlich zum Verlangen der Zahlung, so kann der Gläubiger, dessen Forderung unverzinslich ist, ein später zu entrichtendes Kapital nicht nach seinem ganzen Vertrage ansprechen, er muß sich vielmehr den aus der frühern Zahlung (repraesentatio) entstehenden Vortheil abziehen lassen. Sein Vortheil besteht aber in dem Genuß der Zinse, so weit sie zusammt dem Kapital zur Verfallzeit das übersteigen, was er erhalten sollte. Der Abzug geschieht demnach am Einfachsten dadurch, daß man ihm statt der wahren Forderungs-Summe eine solche abreicht, welche mit den Zinsen der Zwischenzeit am ursprünglichen Zahlungs-Termin dieser wahren Forderungs-Summe gleich kommt. Die Berechnung dieser Zinse der Zwischenzeit geschieht nach der sogenannten Hofmännischen Weise, welche aus dem empfangenen Kapital nur einfache Zinse, keine Zinses-Zinse rechnet, und welche allein gesetzlich gerechtfertigt erscheint *).

---

redung über die Verpfändung ein gewisser Werth des besonders angewiesenen Gegenstandes zu Grunde gelegt wurde.

*) Schrader, civil. Abhandl. Thl. 2. S. 150—190.

b) In Ansehung der Forderung.

Art. 53.

Die Versicherung der in das Unterpfandsbuch eingetragenen Forderung beschränkt sich der Regel nach auf den Betrag der Haupt-Summe.

Soll das Unterpfand auch für Zinsen, die vor Anstellung der Schuld- oder Pfand-Klage entstanden, haften; so muß in dem Unterpfandsbuch ausdrücklich bemerkt seyn, daß die Forderung verzinslich sey.

Art. 54.

Ist die Verzinslichkeit der Forderung im Unterpfandsbuche bemerkt; so erstreckt sich gleichwohl das Unterpfands-Recht nur auf die Zinsen vom laufenden Jahr und auf den Zins-Rückstand von zwei Jahren.

Eine im Voraus getroffene Uebereinkunft, daß das Unterpfands-Recht hinsichtlich künftiger Zinsen auf einen längern, als den eben erwähnten Zeitraum ausgedehnt seyn soll, ist ungültig.

Dagegen können bereits erwachsene Zins-Rückstände, ohne Beschränkung auf ein Zeitmaaß, so wie aufgelaufene Verzugs-Zinsen nach besonderer Uebereinkunft des Schuldners und des Gläubigers, mittelst Eintrags in das Unterpfandsbuch für eine bestimmte Summe und auf ein bestimmtes Unterpfand gedeckt werden.

Art. 55.

Die durch das Einklagen der Forderung dem Gläubiger verursachten Kosten sind unter der Versicherung nicht begriffen.

---

1) Nach dem biserigen Rechte haftete das Pfand nicht nur für Verzugs-Zinse, sondern auch für die zur Zeit der Verpfändung versprochenen Zinse selbst wo die Verpfändung nicht ausdrücklich darauf gerichtet worden wäre [1]). Scheinbar abweichend verordnet unser Gesetz, daß sich die Verpfändung für eine verzinsliche Forderung in der Regel nur auf die Haupt-Summe erstrecke. Wir sagen „scheinbar;" denn in Wirklichkeit findet keine Abweichung Statt. Der ganze Zweck des neuen Gesetzes geht dahin, aus dem Unterpfandsbuche erkennen zu lassen, nicht nur was, sondern auch wofür verpfändet wurde. Der nachfolgende Gläubiger wie der dritte Erwerber sollen in Rücksicht des Gegenstandes wie der Forderung gewiß seyn. Das würden sie aber nicht seyn, wenn man aus dem Unterpfandsbuche nicht ersehen könnte, ob überhaupt Zinse zu zahlen sind. Das Gesetz mußte demnach, folgerecht, anordnen, daß man auch die Zinspflicht aus dem Unterpfandsbuche zu erkennen habe. Daher soll in demselben „ausdrücklich bemerkt werden, daß die Forderung verzinslich sey." In dieser Bemerkung liegt nicht, daß das Pfand ausdrücklich auf die Zinse bezogen werden müsse. Wenn nur einfach die Verzinslichkeit bemerkt ist, so reicht das hin, um das Pfandrecht auch auf Zinse zu beziehen *).

Dagegen weicht es in Hinsicht der Verzugs-Zinse in der That ab. Verzugs-Zinse als solche können bei der Verpfändung nicht wohl bemerkt werden. Denn würden sie es, d. h. würde die Forderung von einer gewissen Zeit

---

1) Gesterding l. c. S. 41—50. v. Wenning-Ingenheim l. c. B. II. §. 129.

*) Gerade diesen Sinn haben auch der ständ. Ausschuß, die ständ. Commission und die Stände mit dieser, bereits im Gesetzes-Entwurf getroffenen Anordnung verbunden (ständ. Verh. l. c. 1e Abthlg. S. 183. 2e Abthlg. S. 296. u. 387.), indem sie dieselbe mit den Worten erklären: „wenn die Forderung ausdrücklich als eine verzinsliche **oder** mit Einschluß der Zinse versichert worden ist."

an als verzinslich bemerkt, so hörten sie, wie man sie auch nennen möchte, auf, eigentliche Verzugs-Zinse zu seyn, und giengen in die Reihe versprochener Zinse über. Ohne Bemerkung aber soll das Pfand nicht für Zinse haften, mithin haftet es für eigentliche Verzugs-Zinse nie.

2) Doch ist bei verzinslichen Forderungen eine Bemerkung nur erforderlich, sofern die vor Anstellung der Schuld- oder Pfand-Klage fälligen Zinse durch das Pfand gesichert seyn sollen. Für die Zinse, welche nach Anstellung der genannten Klagen verfallen, bedarf es keiner Bemerkung. Zwar sagt das Gesetz allgemein: „die Versicherung beschränke sich der Regel nach auf die Haupt-Summe;" allein es fügt gleich modificirend hinzu: „soll das Unterpfand auch für Zinsen, die vor Anstellung der Schuld- oder Pfand-Klage entstanden ꝛc." und setzt demnach voraus, daß das Unterpfand für die nachher verfallenden ohne die vorgeschriebene Bemerkung hafte *).

3) Wohl fühlte der Gesetzgeber, daß er durch die Vorschrift, es solle die Schuld als eine verzinsliche bemerkt seyn, nicht alle Unsicherheit gehoben habe, welche aus der Zinspflicht des Schuldners für nachfolgende Gläubiger und dritte Erwerber entstehen könnte. Wie eine unbestimmte Forderung dieser Sicherheit im Wege steht, eben so würde sie gehindert werden, wenn die im Unterpfandsbuche bemerkte Verzinslichkeit hinreichte, um das Unterpfand für alle möglichen Zinse zu bestricken. Indem das Pfand für alle aufgelaufenen Zinse haftete, wie viel aber deren aufgelaufen seyen, unbekannt bliebe, so wäre im Ganzen weder die Forderung durchaus bestimmt, noch den Nachberechtigten genügende Sicherheit gegeben. Seinem Zwecke getreu, und als Folge der

*) Eben weil die nachher verfallenden Zinse auch unbemerkt versichert sind, so macht es keinen Unterschied, ob sie als versprochen, oder als Verzugs-Zinse verfallen, so daß das neue Gesetz und das bisherige Recht in dem Betracht durchaus zusammenstimmen.

wesentlich vorgeschriebenen Bestimmtheit der Summe, verordnet daher unser Gesetz, daß, die Forderung auch als verzinslich bemerkt, das Unterpfand neben den Zinsen des laufenden Jahrs nur noch den Rückstand von zwei verfallenen Jahreszinsen sichern solle [2]).

Aus demselben Grunde folgte die Anordnung, daß man nicht eine größere Anzahl von Jahren festsetzen, und sich so auf eine längere Zeit wegen der Zinse sichern könne. Denn bestimmte man selbst diese Zahl, und bezöge das Pfand etwa auf 5, 10, 15jährige Zinse, so würde deshalb die Unsicherheit nicht verschwinden, weil man den Rückstand nicht kännte *).

4) Die Prozeßkosten sind nach gemeinem Rechte ebenfalls mit in einer Verpfändung begriffen [3]). Abändernd dagegen schreibt unser Gesetz vor, daß sie nicht mit in der Verpfändung begriffen seyn sollen; natürlich! Da die Summe der Kosten unbestimmt, das Pfandrecht aber nicht für Unbestimmtes, sey es auch noch so wenig, sondern nur für Bestimmtes haften kann. Das Unterpfand ist daher nur alsdann für sie bestrickt, wenn sie durch Verabredung auf eine bestimmte Summe gebracht, und in das Unterpfandsbuch eingetragen worden sind. Die letztere Behauptung gründet sich auf die Natur der Sache —

---

2) Man lese die Motive des ständ. Ausschusses in den Ständ. Verhandl. l. c. 1e Abthlg. S. 128.

*) Von dem vorhergehenden ganz verschieden ist der Fall, wenn ein Unterpfand nicht im Voraus neben der Hauptsumme auch auf Zinse bezogen, sondern für eine Summe bereits verfallener Zinse an sich bestellt werden soll. Daß man nun für eine aus verfallenen vertragsmäßigen, oder in einem Verzug begründeten Zinsen entstandene Forderung ein Pfand bestellen könne, und daß ein solches Pfand gültig sey, sofern es auf einen besonders bezeichneten Gegenstand, und für eine bestimmte Summe bestellt wird, verstand sich wohl auch ohne ausdrückliche Vorschrift von selbst.

3) Die Not. 1. angeführten Schriftsteller. Thibaut l. c. §. 646. Seuffert, Erörterungen 2c. 2. Nro. 23.

man kann ja ein Unterpfand auch für eine von einem künftigen Ereigniß abhängende Schuld bestellen — und auf die Absicht des Gesetzgebers. Diese Absicht erhellt aus der früheren Vorschrift des Gesetzes-Entwurfs, aus dem abändernden Antrag des ständischen Ausschusses, aus dem mit dem Gesetzes-Entwurf einverstandenen, dennoch gegen eine ausdrückliche Vorschrift stimmenden Gutachten der ständischen Commission, und endlich aus der Erklärung der Regierung auf den Antrag der Stände, es könne eine wörtliche Anordnung unterbleiben, „indem der ausgesprochene Satz schon aus dem allgemeinen Prinzip §. 10. fließe 4)."

4) Ständ. Verhandl. l. c. 1e Abthlg. S. 17. und 129. 2e Abthlg. S. 241. und 438. Daß analog den Zinsen das Pfandrecht sich auch auf eine Conventionalstrafe beziehe, wenn dieselbe zur Zeit der Verpfändung versprochen war, in dem Unterpfands-Buch bemerkt wird, und eine bestimmte Summe umfaßt, ist durch sich klar, und den Grundsätzen des bisherigen Rechts ganz angemessen (die Not. 1. und 4.) angeführten Schriftsteller. Analog dem, was bei den Prozeßkosten Rechtens ist, und weil der Geist des Gesetzes dasselbe verlangt, müßen wir, rücksichtlich der auf die Sache verwendeten Kosten, wenn der Gläubiger zufällig den Besitz erhält, dahin entscheiden, daß das Pfandrecht sie in der Regel nicht umfasse, es wäre denn ausdrücklich dafür bestrickt, und dieselben im Voraus nach einer bestimmten Summe in das Unterpfandsbuch eingetragen worden. Darin liegt nun eine Abweichung von dem bisherigen Rechte, aber auch die Lösung des, wegen anderer als nothwendigen Ausgaben unter den Rechtsgelehrten Statt findenden Streits. Denn daran kann wohl kaum, und war auch bis jetzt nicht daran gezweifelt worden, daß ein Pfand für alle Arten von Verwendungen hafte, wenn der Verpfänder es auch ausdrücklich dafür verpfändet hatte. (Gesterding l. c. Glück Comment. Thl. 14. S. 65—68. Seuffert, Erörterungen, l. c.)

Drittes Kapitel.

Von den Grundlagen der Unterpfandsbücher und von der Oeffentlichkeit des Unterpfands-Wesens.

I.) Grundlagen der Unterpfandsbücher.

Art. 56.

Die allgemeine Grundlage des Unterpfandsbuchs ist das Güterbuch.

Regel.

Art. 57.

Als Eigenthümer einer unbeweglichen Sache gilt in Beziehung auf Verpfändung derjenige, welcher als solcher im Güterbuche eingetragen ist.

Entsteht über die Richtigkeit dieses Eintrags irgend ein Zweifel, so kann vor dessen vollständiger Hebung eine Verpfändung nicht vor sich gehen.

Ausnahmen.

Art. 58.

Wo zur Zeit noch keine Güterbücher bestehen, muß, so lange solche nicht angelegt sind, vor jeder Eintragung eines Unterpfands oder Pfandrechts-Titels in das Unterpfandsbuch, auf das Kaufbuch oder auf andere Urkunden der Erwerbung eines Guts zurückgegangen, und unter Beziehung auf diese, muß sodann im Unterpfandsbuche das Eigenthums-Recht des Verpfänders

nachgewiesen werden. Namentlich findet zur Zeit diese Bestimmung ihre Anwendung auf exemde Güter.

Art. 59.

Auf gleiche Weise müßen so lange, als der dermaligen Einrichtung zufolge nicht jede Besitz-Veränderung sogleich in das Güterbuch eingetragen werden kann, bei einer Verpfändung die Kaufbücher und beziehungsweise die Inventur- und Theilungs-Akten von dem neuesten Zeitraume mit dem Güterbuch verglichen werden.

Art. 60.

Unter dem Namen des neuen im Güterbuche noch nicht laufenden Erwerbers eines Guts darf kein Unterpfand bestellt werden, so lange nicht über den Verkauf, wodurch die Erwerbung geschehen, obrigkeitlich erkannt, oder da, wo es eines Erkenntnisses nicht bedarf, die Urkunde der Erwerbung, in Urschrift oder in beglaubigter Abschrift, der Unterpfands-Behörde eingehändigt worden ist. Durch ein gegen diese Vorschrift bestelltes Unterpfand können die Rechte des bisherigen Besitzers nicht gefährdet werden.

---

1) Nachdem das Gesetz alle Pfandrechte auser den öffentlichen verworfen hat, und nur ein Unterpfand anerkennt, welches durch den nach vorgängigem Erkenntniß vorgenommenen Eintrag in das Unterpfandsbuch entsteht; so erklärt es nunmehr, in Beziehung auf das Unterpfand kein anderes, denn ein öffentliches Eigenthum anerkennen zu wollen. Nur der gilt als Ei-

genthümer, den das Güterbuch als Eigenthümer nachweist, der „als solcher in das Güterbuch eingetragen wurde," und kein anderer. Insofern ist das Güterbuch die Grundlage des Unterpfandsbuch, weil jeder auf Verpfändung abzweckende Eintrag in dem letztern seinem Werth und seiner Wirksamkeit nach vom Eintrag in dem Güterbuche abhängt, welches allein über das gegen jeden Dritten geltende Eigenthum entscheidet. Hievon gibt es nur zwei vorübergehende Ausnahmen:

a) Wo vor der Hand keine Güterbücher bestehen, da gilt ein jeder als Eigenthümer, welchen das Kaufbuch oder andere Urkunden als Eigenthümer darthun. Unter diesen andern Urkunden sind öffentliche oder unter öffentlicher Autorität verfaßte, nicht andere Privaturkunden verstanden. Da die Kaufbücher bei weitem nicht eine jede Veränderung und Uebertragung des Eigenthums enthalten, so müßen auch andere Urkunden gelten, woraus die Guts-Eigenthümer erkannt werden können. Allein diese Urkunden sollen öffentliche seyn, wie denn auch die Regierung in ihrer Antwort auf die ständischen Anträge sagt: „in den Orten, wo noch keine Güterbücher bestehen, sollen ..... die übrigen öffentlichen Akten deren Stelle vertreten."

b) Doch selbst dann, wenn Güterbücher vorhanden sind, ist's leicht möglich, daß, weil die Einträge in das Güterbuch nicht sogleich, sondern etwa von Zeit zu Zeit geschehen, in der Zwischenzeit durch Kauf, Tausch, Erbfälle, Veränderungen im Besitze, Uebertragungen von Eigenthum vorkommen, ohne daß der neue Erwerber noch in dem Güterbuche als solcher verzeichnet stünde. Darum ordnet das Gesetz an, daß, solange nach der dermaligen Einrichtung nicht jede Besitz-Veränderung alsbald in das Güterbuch eingetragen wird, auch derjenige als Eigenthümer gelten möge, den andere Documente, Kaufbücher, Inventuren und Theilungs-Acten als den Eigenthümer nachweisen. Dem Gesetze ist es nicht blos um ein for-

melles Prinzip für die Eigenthums-Erwerbung zu thun, sondern um die leichte, und am wenigsten trügliche Art der Erkenntniß des wahren Eigenthümers. Darum soll das Güterbuch, auch wo es existirt, nicht immer und solange nicht immer den Eigenthümer allein nachweisen, als seine Einrichtung noch nicht die hohe Wahrscheinlichkeit verbürgt, daß zu jeder Zeit der ächte Eigenthümer daraus erkannt werden könne [1]).

Die beiden angeführten Ausnahmen sind vorübergehend; die erstere muß natürlich mit dem Entstehen von Güterbüchern, die zweite mit einer solchen Einrichtung derselben verschwinden, wobei jede Abänderung im Besitzstande gleichbald in dieselben eingetragen wird; so daß man keine Zwischenperioden mehr kennt, wo man zu andern Urkunden seine Zuflucht nehmen müßte.

2) Indessen hat das Gesetz neben den Güterbüchern noch eine andere Quelle der Erkenntniß des Eigenthums für alle Zeiten festgesetzt. Wer nämlich eine Sache durch Vertrag erwarb, und über denselben obrigkeitlich erkennen ließ, oder wer auf eine andere Weise zu ihrem Eigenthum gelangte, wobei ein obrigkeitliches Erkenntniß nicht erfordert wird und nicht vorkommt, aber die Urkunde der Erwerbung in Urschrift oder beglaubigter Abschrift vorzeigt, auch der wird in Rücksicht auf Verpfändung als Eigenthümer betrachtet. Der Käufer mithin, über dessen Kauf obrigkeitlich erkannt wurde, der Erbe, welcher sich durch die Theilungs-Urkunde oder eine beglaubigte Abschrift derselben als Erbe einer bestimmten Sache nachweist, erscheint als Eigenthümer, auch wenn er noch nicht als solcher in dem Güterbuche verzeichnet wäre.

---

1) Die bestimmte Regel wie die Ausnahmen waren in dem Gesetzes-Entwurfe nicht enthalten, und sind erst durch den Antrag der ständischen Commission und der Stände entstanden (Ständ. Verhandl. l. c. 2e Abthlg. S. 288. 380. und 435.).

Wir sagen: für alle Zeiten. Denn leicht könnte man glauben, daß auch das gerichtliche Erkenntniß und andere Urkunden nur solange Erkenntniß-Quellen für das Eigenthum seyen, als mit den Güterbüchern nicht eine abweichende Einrichtung getroffen wurde. Allein der Art. 6. unsers Gesetzes sagt mit dürren Worten: es könne ein Gut nach erfolgtem Erkenntniß noch vor Vollziehung des Vertrags verpfändet werden, und sagt es ganz allgemein ohne alle Zeitbeschränkung; zwar zunächst in anderem Betracht als Ausnahme von der Regel, daß nur der Eigenthümer gültig verpfänden dürfe. Indessen ist jene Anordnung einmal unbeschränkt ausgesprochen. Wenn nun der Art. 60. in seinem ersten Satze blos negativ dasselbe anordnet, so müßen wir diese negative Anordnung, als Folge der frühern positiven, eben so allgemein und unbeschränkt nehmen. Müßen wir aber die Bestimmung, in Betreff des gerichtlichen Erkenntnisses allgemein, ohne eine Zeitbeschränkung nehmen, so dürfen wir auch die ihr gleichgestellte Einhändigung der Erwerbs-Urkunden nur für eine allgemeine durch keine Zeit beschränkte Quelle der Eigenthums-Erkenntniß ansehen.

Doch diese Behauptung rechtfertigt sich schon von selbst durch die Fassung des Art. 60. Nachdem das Gesetz die Regel, sodann einige deutliche Ausnahmen aufgeführt hat, fährt es dann, auf die Regel zurückkommend, fort: „Unter dem Namen des neuen ꝛc. Hier wird klar eine Folge der Regel: das Eigenthum stütze sich auf das Güterbuch, entwickelt, und erstlich eine Verpfändung von Seiten dessen, der im Güterbuch nicht als Eigenthümer aufgeführt ist, verworfen; zweitens, die Wirkung eines gegen dieses Verbot errichteten Pfandrechts bestimmt. Wenn nun in dieser Verbindung angeordnet wird, daß die Regel unter gewissen Umständen nicht eintreten, oder, daß an die Stelle des Güterbuchs auch was Anderes treten könne, so ist damit eine Aus-

nahme nach Art der Regel, das heißt für immer sanktionirt.

Daher kommt es denn auch, daß das Gesetz bei den wahrhaft temporären Ausnahmen die Beschränkung auf eine gewisse Zeit namentlich anführt, während es hier deren nicht erwähnt, sondern die Ausnahme ganz einfach neben die Regel stellt.

Wie aber? Läßt es sich vereinigen, daß einmal die Kaufbücher und andere Urkunden nur in so weit den Eigenthümer nachzeigen, als entweder noch gar keine Güterbücher vorhanden sind, oder für die Zeit, wo nicht jeder Erwerb sogleich in das Güterbuch eingetragen werden kann, und daß denn doch die Einhändigung der Erwerbsurkunde zu allen Zeiten den Eigenthümer kennbar, und die Verpfändung möglich und wirksam machen solle? Die Schwierigkeit löst sich indessen, bei genauem Achten auf den Sinn der beiderlei Bestimmungen. Die erstere setzt eigentlich fest, daß zu gewissen Zeiten das Güterbuch nicht genüge, sondern neben demselben noch andere öffentliche Urkunden berücksichtigt werden müssen, mithin das Güterbuch gar nicht unbedingt für das Eigenthum zeuge, und die unbedingte Regel keine Anwendung leide. Die andere dagegen bestimmt, daß, wo auch die Güterbücher den Eigenthümer darthun, und die Regel ohne alle Einschränkung angewendet wird, ein neuer im Güterbuch noch nicht als Eigenthümer benannter Erwerber dennoch unter gewissen Voraussetzungen eine Verpfändung gültig vornehmen könne. Beide Vorschriften stimmen mithin zusammen, indem durch jene die Regel selbst anders *) gestaltet, durch diese ausnahmsweise ihre Anwendung beschränkt wird.

---

*) Wo keine Güterbücher vorhanden, oder so lange nicht jeder Erwerb sogleich in dieselben eingetragen werden kann, da heißt, genau genommen, die Regel: „in Rücksicht auf Verpfändung gelte der für den Eigenthümer, welchen das

3) Diese Regel lautet aber: „als Eigenthümer gilt in Beziehung auf Verpfändung derjenige, welcher als solcher im Güterbuche eingetragen ist.“ Nicht wie das Unterpfand selbst durch Eintrag in das Unterpfandsbuch allererst entsteht, so entsteht auch das Eigenthum allererst durch Eintrag in das Güterbuch. Eigenthum wird erworben, wie es auch bisher erworben wurde; und es bedarf keines öffentlichen Erwerbs, um als solches zu gelten. Nur in Hinsicht der Verpfändung muß es öffentlich gemacht, in das Güterbuch eingetragen worden seyn. Während also der Käufer, dem die Sache übergeben wurde, wirklicher wahrer Eigenthümer ist, sollte sich sein Eigenthum auch nicht im Güterbuch verzeichnet finden, so erscheint er denn doch wieder nicht als Eigenthümer, sobald sich's davon handelt, ob er auch verpfänden könne.

Wir haben folglich zweierlei Arten des Eigenthums: das gewöhnliche, nach allgemeinen Grundsätzen erworbene, und das andere in Beziehung auf Verpfändung allein vorhandene das des alten Rechts, und das des neuen Pfandgesetzes. Jenes besteht recht wohl neben diesem. Wer in Rücksicht auf Verpfändung nicht als Eigenthümer gilt, dem kommt vielleicht in jedem andern Betracht das Eigenthum zu; und wer als Eigenthümer verpfänden kann, der würde möglicher Weise sonst gar keine Eigenthums-Befugnisse ausüben dürfen. Wen das Güterbuch nicht als Eigenthümer nachweist, der darf nicht verpfänden, und nur die Verpfändung des darin Nachgewiesenen hat alle Kraft; umgekehrt kann vielleicht der erstere allein gültig verkaufen, auch eine durch den letztern verkaufte Sache dem Käufer mit allem Fug abfordern *).

Kaufbuch und andere öffentlichen Urkunden, oder welchen das Güter-, das Kaufbuch und andere öffentlichen Urkunden als Eigenthümer nachweisen.“

*) Gesetzt, es hätte Jemand eine Sache von dem erkauft, oder eingetauscht, oder sonst wie erworben, der im Güter-

Das Gesetz wollte, daß jede Verpfändung sich durchaus auf Oeffentlichkeit stütze, jedes ein Vertrauen auf die öffentlichen Bücher erhaltene Pfand seine Kraft bewahre, Niemanden dieses sein Vertrauen schade, dagegen auch Niemand geschützt seye, der ohne seine gesetzlichen Beschützer ein Pfand annahm.

Darum machte es das Güterbuch, und temporär auch andere öffentliche Urkunden, zu Erkenntniß-Quellen für das Eigenthum, sofern bei Verpfändungen nach ihm gefragt wird; aber nicht weiter! Von Verpfändungen abgesehen ist Eigenthümer, wer es nach den bekannten bisher Statt gefundenen Rechtsgrundsätzen seyn kann, ohne Rücksicht, ob die öffentlichen Bücher ihn oder einen andern als Eigenthümer aufwiesen.

Also Eigenthümer ist in Rücksicht auf Verpfändung regelgemäß derjenige, welchen das Güterbuch als Eigenthümer darstellt.

Doch reicht nicht jener Eintrag hin, sondern nur ein solcher, welcher die Ueberzeugung seiner Richtigkeit hervorzubringen vermag. Würde er diese Ueberzeugung nicht hervorbringen, vielmehr noch Zweifeln Raum geben, so kann der Eingetragene so lange nicht als Eigenthümer angesehen werden, bis jene Zweifel beseitigt, oder, wie das Gesetz sagt, vollständig gehoben wurden *).

---

buch als Eigenthümer eingetragen war; nun träte ein dritter, im Güterbuch nicht Verzeichneter auf, und wollte die Sache entwehren. Hier könnte der Erwerber den Eintrag im Güterbuch nicht anrufen. Denn da es sich nicht von Verpfändung handelt, so müßte der sein Eigenthum nachweisende Entwehrer obsiegen.

*) Indessen läßt sich im Allgemeinen wohl keine Norm angeben, wann der Eintrag die Bürgschaft der Richtigkeit an sich trage; die Beurtheilung ist einzig dem guten Glauben der Unterpfands-Behörde anheim gegeben, welche allerdings verantwortlich werden kann, wenn sie keinen Zweifel fand, wo vielleicht jeder andere vernünftig Prüfende wel-

4) Ist übrigens der Eintrag in Richtigkeit, so muß der Eingetragene als Eigenthümer erkannt werden; und kein anderer, Nicht-Eingetragener, sollte er es auch in Geist und Wahrheit seyn, kann und darf eine Verpfändung vornehmen.

Wie nun, wenn sie dennoch vorgenommen würde? Der Art. 6. erklärt jede von einem Nicht-Eigenthümer vorgenommene Verpfändung für nichtig, und unfähig, je zu Kräften zu gelangen. Da nun rücksichtlich der Verpfändung ein Jeder, welcher nicht im Güterbuch als Eigenthümer eingetragen ist, nicht als Eigenthümer erscheint, so sollte eine von ihm vorgenommene Verpfändung auch als die Verpfändung eines Nicht-Eigenthümers gelten, ungültig seyn, und selbst alsdann nicht gültig werden, wenn er nachher eingetragen, oder in Hinsicht der Verpfändung das Eigenthum erwerben würde.

Wir haben ferner gesehen[2]), daß ein durch den Nicht-Eigenthümer bestelltes Pfandrecht in der Art nichtig sey, daß es selbst gegen den Besteller kein dingliches Recht erzeuge. Folgerecht sollten wir daher schließen, es habe das von einem Nicht-Eingetragenen errichtete Unterpfand auch gegen diesen selbst keine dingliche Wirkung.

In der That tragen wir auch kein Bedenken, die Verpfändung für ungültig zu erklären, welche von dem vorgenommen wird, der in dem Güterbuch nicht als Eigenthümer verzeichnet steht; und zwar abgesehen von Art. 6. schon nach unseres Gesetzes ausdrücklichen Worten: „unter dem Namen des . . im Güterbuche noch nicht laufenden Erwerbers darf kein Unterpfand bestellt werden.“ Denn wo das Gesetz eine Handlung entschieden verbietet, da hat sie rechtlich keine Wirkung, ist rechtlich als nicht vorhanden zu betrachten[3]).

---

chen gefunden hätte. Mehrere Fälle der Unrichtigkeit werden wir weiter unten kennen lernen.

2) Comment. zu Art. 6. Nr. 2.

3) l. 5. C. de leg. (1, 14.)

Mit voller Ueberzeugung müssen wir dagegen der Folge widersprechen, daß eine von einem Nicht-Eingetragenen vorgenommene Verpfändung auch gegen den Verpfänder selbst nicht gelte.

Das Gesetz verbietet die Verpfändung unter dem Namen dessen, der noch nicht als Eigenthümer in das Güterbuch eingetragen worden ist, es wäre denn über den Vertrag erkannt, oder die Erwerbs-Urkunde der Behörde übergeben worden, und fährt dann fort: „durch ein gegen diese Vorschrift (also durch ein von einem Nicht-Eingetragenen) bestelltes Pfand können die Rechte des bisherigen Besitzers nicht gefährdet werden.“

Das Gesetz erklärt mithin eine solche Verpfändung nicht unbedingt, und in jeder Beziehung für ungültig, sondern nur dem bisherigen Besitzer gegenüber für ungefährlich. Es beschränkt die Ungültigkeit darauf, daß ein von einem Nicht-Eingetragenen gegebenes Unterpfand den bisherigen Besitzer, d. h. den, der bisher durch Eintrag als Eigenthümer galt, nicht schädlich berühre.

Eben darum aber, weil das Gesetz eine Verpfändung, welche ein Nicht-Eingetragener vornahm, nicht in jedem Betracht für ungültig erklärt, sondern ausdrücklich blos Unschädlichkeit dem bisherigen Besitzer gegenüber eintreten läßt, so kann sie auch auf den Verpfänder selbst nicht ausgedehnt werden. Denn wollte das Gesetz jede von einem Nicht-Eingetragenen vorgenommene Verpfändung für durchaus ungültig ansehen, so durfte es jene Endbestimmung nicht machen; weil es sie aber machte, so zeigte es damit an, daß es den Art. 6. nicht mit allen seinen Folgen hieher beziehen, diese vielmehr in Rücksicht dessen, der Eigenthümer, nur nicht öffentlicher Eigenthumer ist, beschränken wollte.

Steht daher der Pfandberechtigte seinem durch das Güterbuch nicht bezeichneten Eigenthümer und Verpfänder gegenüber, so kann sich der letztere nicht darauf be-

rufen, daß er in dem Güterbuch nicht eingetragen sey; vielmehr muß er die Verpfändung gegen sich gelten lassen. Gleicher Gestalt muß derjenige, welcher von demselben nicht eingetragenen Eigenthümer später ein Pfandrecht erwarb, die eben von ihm vorgenommene Verpfändung anerkennen, selbst in dem Fall, wenn sein Pfandrecht zu der Zeit entstand, wo der Verpfänder schon eingetragen war. Denn das Gesetz beschränkt die Unwirksamkeit blos gegen den bisherigen Besitzer.

Die Verpfändung des Nicht-Eingetragenen soll blos die Rechte des bisherigen Besitzers nicht gefährden. Daraus folgere man nicht, daß der nicht eingetragene wahre Eigenthümer, und der von ihm ein Pfandrecht erwarb, also ihn vertritt, und seine Rechte als die eines Auctors verficht, ihre Rechte nicht gegen den eingetragenen Besitzer selbst, so des Nicht-Eingetragenen Erwerb und Eigenthum nachgewiesen würde, geltend machen könnten. Denn dem Besitzer selbst gegenüber handelt es sich zuletzt von Eigenthum und Eigenthum, und der Nicht-Eingetragene steht hier nur in so fern zurück, als er wirklich auch nicht Eigenthümer ist. Eben so verhält es sich gegenüber von dem, welcher die verpfändete Sache von dem eingetragenen Besitzer an sich kaufte. Der nicht eingetragene Eigenthümer bleibt immerhin Eigenthümer, und kann, wo keine Verpfändung im Spiel ist, füglich entwehren. „Das Recht des bisherigen Besitzers soll nicht gefährdet werden" heißt also nur so viel: in Rücksicht auf Verpfändung bleibt er allein Eigenthümer, so daß, wenn er verpfändete, das von ihm bestellte Unterpfand allein Kraft hat.

Wenn wir daher oben von einer gedoppelten Art des Eigenthums sprachen, so müssen wir jene Doppelheit nur auf eine Beziehung zu dem frühern Besitzer, und denen, die von ihm ein Unterpfand erhielten, beschränken.

Im Verhältniß zum nichteingetragenen Verpfänder und denen, die von ihm ein Unterpfand erwerben, fällt der Unterschied weg, weil das Eigenthum im gemeinrechtlichen Sinne hinreicht, um dem Pfandrecht gegen sie Kraft zu verleihen.

Werfen wir nun noch einen Blick auf den Art. 6. unsers Gesetzes, so erkennen wir, daß derselbe, da er eine von einem Nicht-Eigenthümer errichtete Verpfändung durchaus, auch dem Verpfänder gegenüber, für ungültig erklärt, nicht von dem öffentlichen, blos bei Verpfändungen berücksichtigten, eingetragenen Eigenthum allein, sondern mit von dem Eigenthum überhaupt, von dem, was man ohne Rücksicht auf Verpfändung Eigenthum nennt, handle und zu verstehen sey. Wer nicht im gewöhnlichen Sinne des Worts Eigenthümer und auch nicht als solcher eingetragen ist, dessen Verpfändung hat gar keinen Erfolg, selbst nicht gegen den Verpfänder. Wem auf der andern Seite ein gewöhnliches Eigenthum, aber kein öffentliches zukommt, der kann, dem bisherigen Besitzer gegenüber, nicht vollkräftig verpfänden, wohl aber in Beziehung auf sich selbst, und auf die, denen er nachher ein Pfandrecht einräumt.

Aber nicht blos der im gewöhnlichen Sinne wahre Eigenthümer, sondern auch der, welcher nur einen persönlichen Anspruch auf Erlangung der Sache hat, kann, was ihn und die von ihm erwerben angeht, verpfänden, und rückwärts gültig verpfänden, wenn er nachher, in Folge des persönlichen Anspruchs, das Eigenthum wirklich erlangt, und nach dem schon zu Art. 6. bemerkten Grundsatz sogar in Bezug auf den bisherigen Besitzer gültig verpfänden, wenn über den Vertrag noch vor seinem Vollzug, d. h. noch vor der Uebergabe und der Erlangung des Eigenthums erkannt worden war.

5) Das Gesetz erklärt rücksichtlich der Verpfändung den als Eigenthümer, welchen das Güterbuch als solchen

nachweiset, ohne zu unterscheiden, welcher Art dieses Eigenthum sey. Also Eigenthum überhaupt und aller Art wird aus dem Güterbuch erkannt, das unbeschränkte wie das beschränkte, das widerrufliche wie das unwiderrufliche; und wen dieses Buch nicht als beschränkten oder unbeschränkten, widerruflichen oder unwiderruflichen Eigenthümer nachweist, der kann, sobald von Verpfändungen die Rede ist, nicht dafür gehalten werden.

Dem zufolge mag der nicht als Lehens-Besitzer oder Fideicommiß-Innhaber verpfänden, dem das Güterbuch kein Lehen oder Fideicommiß zuschreibt. Verpfändet er dennoch, so kann er dadurch den nicht gefährden, welchen jenes Buch als den wirklichen Besitzer oder Innhaber nachzeigt, und durch seine Verpfändung die Verpfändungs-Befugniß des Eingetragenen nicht schmälern.

Eben so wenig kann er den gefährden, welcher aus dem Güterbuch als voller Eigenthümer zu ersehen ist. Denn dem vollen Eigenthum steht das beschränkte entgegen, als der Inbegriff einer Masse von dem Eigenthum getrennter Befugnisse; und wer als Eigenthümer ohne Beschränkung bezeichnet wird, der kann in Verpfändungen durch den nicht eingetragenen, beschränkten Eigenthümer nicht gehemmt werden.

Umgekehrt darf derjenige, welchen das Güterbuch nicht als vollen Eigenthümer aufweist, selbst wenn er's wäre, nicht als solcher verpfänden, und durch seine Verpfändung dem nicht schaden, welchem gegenüber sein Eigenthum unvollkommen ist.

Ein durch das Güterbuch als Lehensmann oder Lehensherr Nachgewiesener kann nur als Lehensmann oder Lehensherr verpfänden, hätte selbst jener die Lehensherrlichkeit, dieser die vasallitischen Rechte an sich erworben. Eine über das verzeichnete Recht hinaus vorgenommene Verpfändung vermag den, welcher als Lehensherr oder Lehensmann eingetragen ist, an keiner Verpfändung zu verhindern.

6) Das Gesetz redet von „dem Eigenthümer einer unbeweglichen Sache.“ Gleich mit ihm müssen wir auch Andere beurtheilen, welchen sonstige dingliche Rechte zustehen, die den unbeweglichen Sachen an die Seite gestellt werden.

Als Innhaber solcher Rechte gelten zunächst solche, denen sie das Güterbuch zuweist. Wer weder durch das Güterbuch, noch, temporär, durch andere öffentlichen Urkunden, als Innhaber bezeichnet ist, unter dessen Namen darf keine Verpfändung vorgenommen werden, es wäre denn über den Vertrag, wodurch sie erworben wurden, obrigkeitlich erkannt, oder die Erwerbs-Urkunde der Behörde eingehändigt worden. Sonst könnte die mit ihnen vorgenommene Verpfändung gegen den bisherigen Besitzer, und die von ihm ein Unterpfand erhielten, nicht geltend gemacht werden.

Bisheriger Besitzer ist aber nicht blos derjenige, welcher das verpfändete dingliche Recht als solcher besaß, sondern auch der, welcher als Eigenthümer ohne Beschränkung eingetragen ist. Denn insofern Jemand als unbeschränkter, freier Eigenthümer eingetragen ist, kann einem Andern, rücksichtlich der Verpfändung, kein dingliches, die Freiheit des Eigenthums beschränkendes Recht zustehen.

Wer also ein Gut als Emphyteuse, wer Servituten, Gülten ꝛc. verpfändet, während das Güterbuch einen Andern als Innhaber dieser Rechte, oder als freien Eigenthümer nachzeigt, der kann, mittelst seiner Verpfändung, der Eingetragenen Rechte nicht gefährden, noch einem Unterpfand schädlich werden, das die Letztern entweder auf das dingliche Recht oder das freie Eigenthum bestellen, selbst vorausgesetzt, daß er in Wahrheit Besitzer des Rechts sey. Denn in Sachen des Pfandrechts kann nur der Eingetragene dafür gelten.

Auf der andern Seite ist es auch untersagt, anders zu verpfänden, als in der Eigenschaft, in welcher man

eingetragen ist. Denn in anderer Eigenschaft ist man nicht eingetragen und nicht als berechtigt anzusehen. Wem daher das Eigenthum nicht frei, sondern mit dinglichen Lasten zugeschrieben ist, der könnte, selbst wo er die Freiheit des Eigenthums wirklich erworben hätte, in Rücksicht der den Lasten entsprechenden Rechte eines Dritten nicht als Besitzer betrachtet werden, noch durch Verpfänden jenen, unter einem dritten Namen eingetragenen Rechten und dem darauf erlangten Unterpfand gefährlich werden.

II. Oeffentlichkeit des Unterpfands-Wesens.

1) Oeffentlichkeit der darauf sich beziehenden Bücher.

Art. 61.

Das Unterpfandsbuch ist ein öffentliches für alle diejenigen, deren Rechte und Interessen es berührt. Die Einsicht desselben in Gegenwart eines Mitglieds der Unterpfands-Behörde oder des Actuars ist Jedem soweit zu gestatten, als er ein Interesse dabei nachzuweisen vermag.

Art. 62.

Unter gleicher Voraussetzung und mit gleicher Beschränkung kann Jeder von denjenigen öffentlichen Büchern, welche die Grundlage des Unterpfandsbuchs sind, namentlich von den Güter- und Contrakt-Büchern, Einsicht verlangen.

Art. 63.

Desgleichen sind Jedem aus den, Art. 61 und 62. genannten öffentlichen Büchern, rücksichtlich der sein Interesse berührenden Stellen, auf Verlangen beglaubigte Auszüge mitzutheilen.

Oeffentlich heißt zunächst, und dem gewöhnlichen, juridischen Sprachgebrauche zufolge, das Buch oder die Urkunde, welche öffentlichen Glauben hat, weil sie von solchen verfaßt wurde, die vom Gesetze mit öffentlicher Glaubwürdigkeit bekleidet sind.

Allein nicht diese Oeffentlichkeit ist's, wovon das Gesetz in den vorstehenden Artikeln redet. Es nennt vielmehr das Unterpfandsbuch und die ihm zur Grundlage dienenden Bücher öffentlich, weil sie für Jedermann da sind, Jedermann davon Einsicht nehmen kann.

Wir sagen Jedermann; damit wollen wir nicht behaupten, daß Alle und Jede ohne weitern Unterschied Einsicht des Unterpfandsbuchs und der Bücher, die seine Grundlage bilden, verlangen können, sondern nur Jedermann, dessen „Rechte und Interessen sie berühren."

Selbst das wollen wir nicht behaupten, daß man die Einsicht auf die nächste beste, durch Nichts unterstützte Aeusserung, man sey dabei betheiligt, erlangen könne. Man muß sein Interesse nicht gerade beweisen, aber doch einiger Maaßen glaubwürdig machen.

Welcher Art dieses Interesse sey, das begründet wohl keinen Unterschied. Der den Ständen vorgelegte Gesetzes-Entwurf hatte die Art des möglichen Interesse aufzuzählen versucht [1]); das Gesetz aber spricht, in vernünftiger Erwägung, daß sich die einzelnen Fälle doch nicht vollständig aufzählen lassen möchten, blos vom Interesse im Allgemeinen.

---

1) Ständ. Verhandl. l. c. 1e Abthlg. S. 4—5. §. 11—14.

Ein Interesse hat der bereits durch eine unbewegliche Sache Versicherte, der Pfandgläubiger; der, welcher anleihen, und sich ein Unterpfand bestellen lassen, der, welcher entlehnen und versichern will; der muthmaßliche Erwerber, welcher eine unbewegliche Sache ganz, oder nur einzelne Rechte daran erwerben möchte; der, welcher eine öffentlich versicherte Fordrung zu kaufen, oder als Faustpfand zu erhalten wünscht ꝛc. Alle diese haben, und noch manche Andere können ein Interesse haben, Einsicht von dem Unterpfands- und Güterbuch zu erhalten. Diese soll nun gewährt, und denselben sogar, rücksichtlich der ihr Interesse berührenden Stelle ein Auszug mitgetheilt werden *).

*) Die Anordnung des Gesetzes ist eine nothwendige Folge seines Zwecks. Soll dauerhafte Sicherheit durch Oeffentlichkeit der Verpfändung erreicht, und nicht allein was verpfändet wurde, sondern auch wer zunächst als Eigenthümer gelten müße, öffentlich erkannt werden, so muß diese Oeffentlichkeit sowohl darin bestehen, daß die Verpfändung wie ihre Grundlagen sich unter öffentlicher Autorität befinden, als auch darin, daß alle und jede Interessenten, alle, welche mit einander in Rechtsverhältnisse treten wollen, wobei eine bereits vorhandene, oder vorzunehmende Verpfändung in Rede kömmt, die Einsicht der unter öffentlicher Autorität stehenden Bücher erlangen, und sich so vergewissern mögen, in wie weit sie bereits gesichert seyen, oder gesichert werden können, in wie weit sie im Stande seyen, Sicherheit zu geben, und Vertrauen in ihre Handlungen zu erwecken.

2) Folgen der Oeffentlichkeit.

Art. 64.

Auf der Oeffentlichkeit des Unterpfands-Wesens beruht die Sicherheit desjenigen, welchem ein Unterpfand bestellt wird, so wie die Sicherheit des Verkehrs mit Fordrungen, welche durch Unterpfänder gedeckt sind.

a) Sicherheit des ursprünglichen Pfand-Gläubigers.

Art. 65.

Wer ein Unterpfand erwirbt, wird der Regel nach gegen alle ihm unbekannten Rechte und Ansprüche gesichert, welche zur Zeit dieser Erwerbung weder im Güterbuch noch im Unterpfandsbuche bemerkt gewesen.

Art. 66.

Hat dagegen bei der Unterpfands-Bestellung die Unterpfands-Behörde die in jene Bücher eingetragenen, der Verpfändbarkeit im Wege stehenden Rechte oder Ansprüche eines Dritten nicht berücksichtigt; so kann ein solches Versehen der Behörde dem Berechtigten keinen Nachtheil bringen: vorbehältlich der Entschädigungs-Klage des gefährdeten Pfandgläubigers gegen die schuldhaften Mitglieder der Unterpfands-Behörde.

Eben dieses findet Statt, wenn die nach dem Gesetz erforderliche Einwilligung des Besitzers der Sache nicht, oder nicht zu Recht bestehende Weise ertheilt wird.

Art. 67.

So weit in den, Art. 58 und 59 bezeichneten Fällen die Stelle der Güterbücher durch andere öffentlichen, in den Händen der Unterpfands-Behörde befindlichen Urkunden vertreten wird, kann es dem Innhaber solcher Rechte, deren Eintragung nicht ausschließend dem Unterpfandsbuche vorbehalten ist, keinen Nachtheil bringen, wenn bei einer Unterpfands-Bestellung diese Rechte, ungeachtet sie aus jenen Urkunden zu ersehen gewesen wären, unberücksichtigt geblieben sind.

Art. 68.

So weit ferner nach der dermaligen Einrichtung es von demjenigen, welcher Grund-Eigenthum erwirbt, nicht abhängt, die gleichbaldige Eintragung im Güterbuche zu bewirken; so kann es ihm nicht schaden, wenn eine solche Erwerbung, worüber entweder obrigkeitlich erkannt ist, oder über welche, sofern es eines Erkenntnisses nicht bedarf, die Urkunde der Erwerbung der Unterpfands-Behörde eingehändigt worden, gleichwohl bei der nachherigen Vornahme der allgemeinen Richtigstellung des Güterbuchs nach dem neuesten Stande, gänzlich unberücksichtigt geblieben ist. Eben so wenig kann es dem Grund-Eigenthümer nachtheilig seyn, wenn bei diesem Geschäfte durch eine Verwechslung ein anderes Gut ihm, oder wenn jenes Gut einem Dritten zugeschrieben worden ist.

Art. 69.

Auf gleiche Weise kann es dem Eigenthümer nicht schaden, wenn ihm in Folge einer ähnlichen Unrichtigkeit oder Verwechslung ein Gut, das er wirklich besitzt, und in Ansehung dessen er bis dahin im Güterbuche als Eigenthümer eingetragen gewesen, ohne sein Vorwissen bei dem erwähnten Geschäft abgeschrieben worden.

Art. 70.

Endlich kann durch die unstatthafte Löschung eines Unterpfands das Recht des frühern Gläubigers nicht aufgehoben werden.

Art. 71.

Die vorstehenden Ausnahmen von der im Art. 65. aufgestellten Regel sind buchstäblich zu erklären, und lassen eine Ausdehnung in keinem Falle zu.

Auch ist die Behörde, welcher die Führung des Güterbuchs obliegt, wegen des durch ihr Versehen entstandenen Nachtheils strenge verantwortlich.

---

b) Sicherheit der Nachfolger des Erwerbers eines Unterpfands.

Art. 72.

Jeder, auf welchen eine durch Unterpfänder versicherte Fordrung übertragen wird, kann zur Zurückweisung der Ansprüche Dritter die Rechte seines Vorgängers geltend machen.

Ueberdieß ist derjenige, welcher eine versicherte Fordrung auf den Grund der Einträge in das Unterpfandsbuch mit lästigem Titel und

im guten Glauben, eigenthümlich oder pfandweise, erwirbt, selbst gegen diejenigen nicht eingetragenen Ansprüche und Einwendungen des Hauptschuldners oder Dritter gesichert, welche der Vorgänger in Folge seiner eigenen Handlungen oder wegen eigener Wissenschaft gegen sich erkennen müßte; vorbehältlich der in Beziehung auf dergleichen Einwendungen in den Art. 86. ff. enthaltenen nähern Bestimmungen.

Nachdem das Gesetz kein Unterpfand anders, denn durch Eintrag in das Unterpfandsbuch und obrigkeitliche Mitwirkung entstehen, keinen als Eigenthümer einer unbeweglichen Sache, oder als Inhaber eines einer unbeweglichen Sache gleichstehenden Rechts gelten läßt, als denjenigen, welchen das Güterbuch und temporär auch das Kaufbuch oder Inventuren und Theilungs-Bücher als Eigenthümer und Inhaber aufweisen; nachdem das Unterpfandsbuch wie das Güter- und Kaufbuch für öffentliche Bücher erklärt, ihre Einsicht den Interessenten gestattet, und diese selbst dadurch nach Anordnung, nach Geist und Zweck des Gesetzes zu Richtern ihrer eigenen Sicherheit gemacht wurden; nachdem das Gesetz auf diese Weise den Gläubigern Zutrauen einflößt, und gleichsam die Bürgschaft leistet, daß die ihnen verpfändete Sache ganz oder theilweise, dem vollen Eigenthum oder auch einzelnen Befugnissen nach, Niemanden zustehe, der nicht aus den erwähnten Büchern als der Befugte erkannt werden könne; nachdem es allen, welche ein Pfand erwerben, durch die unter öffentlicher Autorität vorgenommene Verzeichnung in dem Unterpfandsbuch den nothwendigen Glauben erzeugt, daß dasselbe richtig, keinem Angriff ausgesetzt, und keiner Einrede unterworfen sey; so mußte es in folgerechter Natürlichkeit, Vertrauen erhaltend wie herbeiführend, Treue bewährend wie einflö-

ßend bestimmen, daß der Erwerber des Unterpfands gegen alle Rechte und Ansprüche gesichert werde, welche zur Zeit der Erwerbung weder aus dem Unterpfandsbuch noch aus dem Güterbuch ersichtlich waren.

1) Die erste Bedingung der Unschädlichkeit eines nicht eingetragenen Rechts ist die, daß dasselbe aus den öffentlichen Büchern ersichtlich seyn könne, und doch nicht ersichtlich sey. Würde das Recht nicht einmal darauf ersichtlich seyn können, so hätten weder die öffentlichen Bücher Vertrauen hervorgerufen, noch der Gläubiger ihnen Vertrauen gewährt. Der ihm verheißene, ausserordentliche Schutz kann mithin dafür nicht verheißen werden, wobei der Grund der Verheißung dem Geiste und Zwecke des Gesetzes nach wegfällt.

Solche Rechte, die in der Regel nicht aus den genannten öffentlichen Büchern zu ersehen sind, begreifen z. B. alle die Verhältnisse in sich, welche die rechtlichen Befugnisse eines Menschen an sich, abgesehen von Sachen, bestimmen.

So wird weder die Minderjährigkeit, noch die Eigenschaft des Pflegers aus denselben zu ersehen seyn. Gesetzt nun, ein Minderjähriger hätte ohne Zustimmung seines Pflegers, oder unter Zustimmung eines falschen Pflegers eine Verpfändung vorgenommen, und wollte nachher die Verpfändung vermöge einer Restitution oder gar als nichtig anfechten, so könnte der Gläubiger nicht einwenden, er habe weder die Minderjährigkeit noch die Falschheit des Pflegers aus dem Güter- und Unterpfandsbuche erkannt.

Denn Beides steht überhaupt nicht daraus zu erkennen, und weil es nicht daraus zu erkennen steht, so mag sich der Gläubiger auf irgend eine Weise über die persönlichen Verhältnisse seines Verpfänders zu vergewissern suchen. Thut er es nicht, oder nicht mit der gehörigen Sorgfalt, so mag er den daraus entstehenden Schaden leiden.

Unerläßliche Voraussetzung bei jeder Veräusserung oder Verpfändung ist die subjektive Fähigkeit des Veräusserers oder Verpfänders. Wer nicht uneingeschränkt als Rechtssubjekt erscheint, wessen persönliche Eigenschaft keine unbedingte Verfügung über Rechte zuläßt, oder dem Verfügenden selbst die Verfügung anzugreifen gestattet, der kann auch nicht deshalb gültiger Verfüger seyn, weil seine persönliche Rechts-Beschaffenheit nicht in das Güter- oder Kaufbuch eingetragen worden ist. Sollte dabei der Eintrag für nothwendig erachtet werden, so hätte ihn das Gesetz auch für diese Verhältnisse ausdrücklich anordnen, und erklären müßen, daß derjenige, welcher z. B. nicht als gerichtlich erklärter Verschwender, oder als Wahnsinniger in die öffentlichen Bücher eingetragen wurde, gültig verpfänden könne, ob er gleich sonst kein Geschäft oder doch keine Veräusserung gültig vornehmen dürfte. Allein unser Gesetz weiß von einer solchen Anordnung nichts. Eben darum müßen wir, was sonst anerkannt Rechtens ist, auch bei der Verpfändung anerkennen, und Alles, was sich, abgesehen von der Sache, auf die persönliche Beschaffenheit des Verpfänders, auf die daraus hervorgehende größere oder geringere Fähigkeit zu veräussern, größere oder geringere Befugniß eine Veräusserung anzugreifen bezieht, ohne alle Rücksicht auf einen Eintrag an und für sich selbst beurtheilen.

2) Ganz anders verhält es sich mit der Beziehung des Verpfänders zur Sache. Wem die Sache zustehe, und was daran zustehe, das kann und soll nur aus den öffentlichen Büchern ersehen, und entschieden werden; und welches Recht man in dem Betracht nicht daraus ersieht, das darf einem erworbenen Pfandrecht nicht entgegen gestellt werden.

Der Rechte aber, welche einem Unterpfand entgegengestellt werden können, gibt es mancherlei. Das wichtigste, weil es alle Sicherheit raubt, und die ganze Sache ohne Berücksichtigung des Pfandgläubigers an einen Dritten zu bringen droht, bleibt immerhin:

I.) Das Eigenthum. Nach dem bisherigen Rechte konnte das Eigenthum des A. durch die ihm unbekannte Verpfändung des B. nicht beeinträchtigt werden; vielmehr war es Jenem nicht benommen, sein Eigenthum von dem Verpfänder, oder dem Pfand=Berechtigten abzufordern, und dem letztern blos Ansprüche an seinen Verpfänder zurück=zulassen. Ihm schadete es nicht, wenn das Pfandrecht des B. ein öffentliches, oder wenn der Verpfänder, nicht aber er, der Entwehrende in dem Güterbuch als Eigen=thümer verzeichnet war. Genug daß er sich als Eigen=thümer nachweisen konnte, um alle Rechte zu zerstören. die sich ein Pfand=Berechtigter, auf einen Nicht=Eigenthü=mer gestützt, anmaßen wollte.

Nun ist Alles anders. Kein Eigenthümer, und wäre sein Eigenthum auch noch so sehr begründet, vermag dem Pfandrecht zuwiderstreben, sobald er nicht als Eigenthü=mer in dem Güterbuch eingetragen ist. Nicht als ob sein Eigenthum im gewöhnlichen Sinne des Worts auf=hörte Eigenthum zu seyn; denn Eigenthum und dessen Erwerb ist von öffentlichen Büchern unabhängig; aber es hat keine Wirkung gegen ein Pfandrecht, das eher be=stellt wurde, als man das Eigenthum aus öffentlichen Büchern erkennen konnte.

Fremdes Eigenthum steht aber nicht blos dem ent=gegen, welcher die Sache verpfändet erhielt, sondern auch demjenigen, welchem man ein Recht daran verpfändete. Denn volles, freies Eigenthum hemmt jedes beschränkends Recht; und insofern ein anderer als der Verpfänder das volle, freie Eigenthum anspricht, insofern konnte der Verpfänder kein Recht daran verpfänden, welches das volle Eigenthum schmälerte. Wem daher ein Em=phytheuse, eine Dienstbarkeit, Gülte ꝛc. verpfändet wird, der ist gegen den sicher, welchem nicht blos ein Ober=Ei=genthum, sondern das volle, unbeschränkte zukommt, so=bald derselbe aus dem Güterbuche zur Zeit der Erwer=

bung entweder gar nicht, oder doch nicht als voller, freier Eigenthümer ersichtlich war.

Auch das beschränkte Eigenthum wird durch das beschränkte oder unbeschränkte Eigenthum, und umgekehrt nicht gültig gegen den Pfandberechtigten angefochten, wenn das beschränkte oder unbeschränkte Eigenthum, der Grund der Anfechtung, zur Zeit der Verpfändung nicht als ein öffentliches erschien. Deshalb steht dem, welcher ein Lehen oder ein Fideicommiß verpfändet erhielt, weder ein anderer Lehensberechtigter, Fideicommissär oder der unbeschränkte Eigenthümer, noch dem, welcher ein unbeschränktes Eigenthum zu Pfand bekam, ein Lehensbesitzer oder Fideicommissär entgegen, wenn zur Zeit, wo das Pfandrecht erworben wurde, keiner derselben aus den dazu bestimmten Büchern als beschränkter oder unbeschränkter Eigenthümer hervorgieng.

II.) Nicht eben so bedeutend wie das Eigenthum, aber auch nicht unbedeutend sind für den Pfandberechtigten dingliche, einem Dritten an der verpfändeten Sache zustehenden Rechte. Denn der Werth der verpfändeten Sache und also auch die Sicherheit wird wesentlich dadurch mit bestimmt, ob sie frei, aller Lasten ledig, oder ob sie im Gegentheil mit Lasten belegt, und die Befugniß über dieselbe geschmälert sey.

Nach dem bisherigen Rechte nun konnte der Verpfänder weder den dinglichen Ansprüchen dritter Personen durch seine Verpfändung Eintrag thun, noch dem Pfandberechtigten mehr gewähren, als gerade er, der Verpfänder hatte; natürlich ohne Unterschied, ob das schmälernde Recht aus öffentlichen Büchern erkannt wurde. Nach unserm Gesetz dagegen muß auch ein solches Recht in dem Güterbuch verzeichnet seyn, soll der Inhaber desselben dem Pfand-Berechtigten gegenüber als solcher geachtet, und auch gegen diesen das Recht mit Wirksamkeit geltend gemacht werden. Würde dasselbe zur Zeit der Verpfändung, nicht

eingetragen, nicht öffentlich erkannt werden, so litte die Verpfändung des vollen, freien Eigenthums nicht durch ein dem Pfand-Berechtigten unbekanntes Recht.

Die Verpfändung einer Sache wird daher nicht geschmälert durch eine Emphyteuse, Dienstbarkeiten, Gülten, Lasten aller Art, welche zur Verpfändungs-Zeit aus den öffentlichen Büchern nicht ersichtbar, Pfand-Berechtigten entgegen gehalten würden.

III.) Gleichmäßig konnte nach bisherigem Rechte jeder, welchem das Eigenthum oder ein dinglicher Anspruch auf die verpfändete Sache bedingt zustand, bei Eintritt der Bedingung diesen, seinen bereits vor der Verpfändung entstandenen Anspruch gegen den Verpfänder wie gegen den Pfand-Berechtigten geltend machen; so mochte der, welcher verkaufte, und sich den Rückfall unter einer auflösenden nachher eingetretenen Bedingung versprechen ließ, die veräusserte Sache vermöge einer dinglichen, das von dem bedingten Eigenthümer bestellte Pfandrecht aufhebenden Klage an sich fordern; so durfte der, welchem eine Sache bedingt legirt war, mit dem Eintritt der Bedingung das Legat verlangen, unbekümmert um das von dem Erben bestellte Pfandrecht; so können auch jetzt noch solche Ansprüche gegen den Verpfänder wie gegen den Pfandberechtigten verwirklicht werden [1]).

Allein ihre Verwirklichung tritt nicht wie früher ohne Rücksicht ein, ob man den Anspruch aus den öffentlichen Büchern ersehen konnte. Jedes fremde bedingte wie unbedingte Recht, welches der Verpfändung schädlich werden soll, wird ihr nach unserm Gesetz nur dann schädlich, wenn dasselbe in den öffentlichen Büchern eingetragen stand.

Waren folglich solche bedingte Rechte und Ansprüche in den öffentlichen Büchern nicht enthalten, d. h. ließ sich nicht daraus ersehen, daß das Eigenthum oder ein

1) Comment. zu Art. 8.

anderes dingliches Recht auf einen gewissen Fall von dem Verpfänder hinweg, und auf eine andere Person kommen könnte; und dieser Fall träte nach der Verpfändung ein, so würde der Anspruch gegen den Pfand-Gläubiger keine Kraft haben *).

*) Wohl erregt es Bedenken, ob der Pfand-Berechtigte auch in dem Fall, wenn der Verpfänder selbst nicht durch die öffentlichen Bücher als Inhaber des verpfändeten Eigenthums oder Rechts nachgewiesen wird, dennoch mit seinem Pfandrechte denen vorgehe, welche als Eigenthümer oder Rechts-Inhaber ebenfalls nicht darinnen verzeichnet sind. Zwar was das Eigenthum betrifft, bleibt die (da einem andern, als dem nicht eingetragenen Verpfänder das Eigenthum gebührt) mit einer völlig fremden Sache vorgenommenen Verpfändung an sich nichtig.

Doch wenn der verpfändete Gegenstand dem nicht eingetragenen Verpfänder eigenthümlich gehört, dagegen ein Dritter nichteingetragene Rechte an der Sache anspricht, welche dem Pfandrechte nachtheilig sind, oder wenn dem Verpfänder zwar zur Zeit der Verpfändung das Eigenthum zusteht, dasselbe indessen nachher, weil ein den Widerruf desselben begründender Umstand eintrat, von einem Dritten abgefordert wird, während weder das unbedingte noch das bedingte Recht in einem öffentlichen Buch verzeichnet steht; wer muß da dem andern weichen?

Allein hier läßt sich immer noch geltend machen, daß der Pfand-Berechtigte nicht mehr erwerben, als der Verpfänder verleihen konnte, und daß der Verpfänder nicht anders und nicht mehr verleihen konnte, als und wie er wirklich hatte, ohne etwas Fremdes zu verleihen, mithin ohne eine beziehungsweise nichtige Verpfändung vorzunehmen.

Ausserdem können, wenn weder der Verpfänder, noch der dritte Berechtigte in den öffentlichen Büchern eingetragen sind, die Verhältnisse nur nach den Grundsätzen des sonst geltenden Rechts beurtheilt werden. Denn das vorliegende Gesetz gibt, sich ganz auf Oeffentlichkeit stützend, nur dann seine Vorzüge, wenn der Verpfänder wie er seyn soll, in dem Güterbuch als Eigenthümer oder Rechts-Inhaber verzeichnet ist, weil der den öffentlichen Büchern trauende Gläubiger nicht vergeblich trauen soll. Wo hingegen diese Verzeichnung fehlt, wo der Pfandberechtigte

3) Das Gesetz sagt, wer ein Unterpfand erwerbe, werde gegen alle Ansprüche gesichert, die weder im Güterbuche noch im Unterpfandsbuche bemerkt gewesen. Folglich werden alle Ansprüche gesichert, welche im Güterbuche oder Unterpfandsbuche bemerkt waren. Denn da die Sicherheit des Unterpfands an das Nicht-Bemerken der hemmenden Rechte gebunden ist, so muß sich die Sicherheit der hemmenden Rechte an das Bemerken anschließen.

In Betreff dieses Bemerkens werden beide Bücher genannt, das Güterbuch wie das Unterpfandsbuch. Daraus folgt nicht, daß alle Bemerkungen nach freier Willkühr in jedes dieser Bücher mit gleicher Wirkung eingetragen werden können. Denn es gibt allerdings Rechte und Ansprüche, welche nur in das Unterpfandsbuch eingetragen werden dürfen, und also mit Wirksamkeit auch nur in dieses Buch eingetragen werden; allein die Rechte dritter Personen auf die Sache, welche gegen den Pfandberechtigten gesichert werden sollen, gehören nicht in die Zahl der einzig und allein an das Unterpfandsbuch gebundenen *).

---

ohne weitern öffentlichen Grund zum Vertrauen handelte, da mehr er es tragen, wenn er sich geirrt, und ein dritter Berechtigter sein Pfandrecht unnütz macht oder seine Sicherheit schmälert.

*) Art. 60. Wir haben oben gesehen, daß nach dem Gesetz das Güterbuch allenthalben, wo dasselbe noch nicht eingeführt, oder noch nicht Einrichtung getroffen ist, daß jede Erwerbung sogleich in dasselbe eingetragen werden kann, durch das Kaufbuch vertreten werde. Sofern nun ein Eintrag sich für das Güterbuch eignet, muß er sich mithin, für die Zeit und in der Maaßen als dieses Buch durch das Kaufbuch vertreten wird, auch für das Kaufbuch eignen. Wenn daher ein Berechtigter dafür gesorgt hat, daß sein Recht in diese Urkunde aufgenommen werde, so muß er eben so sicher seyn, als wenn derselbe in dem Güterbuche

Da nur das bemerkte Recht gesichert ist, so wird es natürlich jedem Berechtigten wünschenswerth, daß sein Recht bemerkt werde. Es haben mithin, sofern sie gesichert seyn wollen, für einen Eintrag in das Güterbuch oder Unterpfandsbuch zu sorgen:

I.) Alle, welche Eigenthums-Ansprüche an eine Sache machen, seyen sie auf das unbeschränkte oder beschränkte Eigenthum gerichtet, also:

a) alle Eigenthümer überhaupt rücksichtlich ihres Eigenthums; b) alle Lehens-Besitzer; c) Fideicommiß-Berechtigte in Betracht der Lehen und Fideicommisse.

II.) Diejenigen, welche nur ein dingliches Recht an der Sache haben, mithin:

a) Der Emphyteute und Superficiar; b) der Colonat-Berechtigte; c) der, welchem eine Dienstbarkeit, ein Bodenzins, eine Gült oder sonst eine Abgabe aus einem Gut zukommt.

III.) Ein Jeder ferner, dem das unbeschränkte oder beschränkte Eigenthum, oder sonst ein dingliches Recht zwar noch nicht unbedingt zukommt, der aber das Eine oder Andere unter gewissen Umständen und Verhältnissen, auf den Eintritt irgend einer Begebenheit mit einer dinglichen Klage an sich zu fordern befugt ist, folglich:

a) Der Erbe, dem eine Sache zu vollem Eigenthum oder Lehen, oder dem ein Recht daran bedingter Weise legirt oder fideicommittirt wurde;

b) der, welcher eine Sache mit einer Lex commissoria, oder einer Addictio in diem, oder sonst einer auflösenden Bedingung auf irgend eine Weise und unter irgend einer Form, z. B. eines Eigenthums-Vorbehalts, veräusserte.

---

verzeichnet stünde. Denn das erwähnte Document tritt an seine Stelle, und Einträge darin müssen, in wie weit sie an seine Stelle treten, mit Einträgen im Güterbuch gleich beurtheilt werden.

Haben nun Berechtigte jeder Art ihre Ansprüche in das Güter- oder Unterpfandsbuch eintragen lassen, so sind sie sicher, daß eine vorgenommene Verpfändung denselben nie schaden könne.

Der eingetragene Eigenthümer, der dinglich Berechtigte, der Widerrufende behalten ohne Einwilligung, oder ohne gehörig ertheilte Einwilligung, Eigenthum, dingliches Recht, oder bedingte Ansprüche überhaupt.

Freilich wird dadurch der Pfandberechtigte leiden. Allein die fremden Rechte waren aus den öffentlichen Büchern zu ersehen und eben darum auch zu berücksichtigen.

Denn, so wenig als der Pfandgläubiger, darf der Berechtigte, welcher sein Recht den öffentlichen Büchern anvertraute, im bloßen Wahne der Sicherheit leben; er hat sein Recht erkennbar gemacht, und der Glauben an Sicherheit soll durchaus nicht getäuscht werden.

Wohl ist's möglich, daß der Gläubiger selbst vorwurfsfrei dasteht, und seinen Schaden der obrigkeitlichen Nachläßigkeit verdankt. Allein das kann den sorgsamen, vorsichtigen, beschränkten oder unbeschränkten, bedingten oder unbedingten Berechtigten nicht gefährden *).

4) Das Gesetz geht übrigens in der Sicherheit, welche dritten Berechtigten gewährt wird, noch weiter.

Es könnte geschehen, daß Jemand als Eigenthümer oder dinglich Berechtigter in dem Güterbuche verzeichnet ist, daß aber später ohne sein Vorwissen das Eigenthum oder dingliche Recht auf einen Andern übertragen und unter dessen Namen in das Güterbuch eingetragen wird;

---

*) Auf der andern Seite aber soll auch der Gläubiger nicht durchaus seiner Sicherheit und vielleicht seiner Forderung verlustig werden. Daher macht das Gesetz die Obrigkeit verantwortlich, wenn sie aus den öffentlichen Büchern Erkennbares nicht berücksichtigt und dem Gläubiger Schaden bringt. Doch das Nähere dieser Verantwortlichkeit später.

geschehen, daß Jemand als beschränkter Eigenthümer verzeichnet wird, während ein Anderer bisher als unbeschränkter Eigenthümer, oder Jemand als unbeschränkter Eigenthümer, während ein Anderer bisher als beschränkter genannt war; es könnte Jemand als unbedingter Eigenthümer eingetragen werden, während er bisher nur als bedingter erkannt wurde, und Jemanden ein freies Eigenthum zugeschrieben werden, während einem Andern dingliche Rechte an der Sache zustehen.

Wenn nun der zuletzt Eingetragene verpfändet, und der Gläubiger, im Vertrauen auf den letzten Eintrag die Verpfändung annimmt, wie nun? Dem Gläubiger fällt nichts zur Last; er hat im Glauben an die öffentlichen Bücher gehandelt. Sollte es nicht ungerecht, und auch unfolgerecht erscheinen, wenn man ihn dem nachsetzte, dessen Recht ganz oder theilweise ohne Vorwissen dem Verpfänder zugeschrieben wurde?

Dennoch setzt ihn das Gesetz nach. Eingetragene Rechte sollen unversehrt bleiben, dem Inhaber nicht ohne sein Wissen durch fremde Schuld oder Nachläßigkeit willkührlich entzogen werden können, und auch gegen den gelten, welcher sie von einem eingetragenen nicht Berechtigten ohne Wissen des Berechtigten zum Unterpfand erhielt.

Sogar den zieht das Gesetz vor, über dessen Recht gerichtlich erkannt ist, oder der die Urkunde seiner Erwerbung der Obrigkeit eingehändigt hat, wenn gleich ein Anderer in dem Güterbuche als Eigenthümer verzeichnet stehen bliebe, oder verzeichnet würde; doch nicht unbedingt! Sofern nehmlich die Einträge in das Güterbuch nicht sogleich geschehen können, weil sie nach der bestehenden Einrichtung von Periode zu Periode vorgenommen werden, sofern es mithin von dem Berechtigten nicht „abhängt, die gleichbaldige Eintragung zu bewirken;“ in so fern soll es ihm nach erfolgtem, gerichtlichen Erkenntniß oder nach Einhändigung der Erwerbs-Urkunde

nicht schaden, wenn er als Inhaber eines Guts oder Rechts nicht verzeichnet, oder das ihm gehörige Gut oder Recht auf einen andern eingetragen, und entweder von dem frühern Besitzer, dem man's nicht abschrieb, oder von dem irrig Eingetragenen nachher verpfändet wurde.

Die Sicherheit dessen, der erst eingetragen werden soll, ist demnach weit weniger groß als die des Eingetragenen. Dieser bleibt zu jeder Zeit sicher; jener nur sofern über den Erwerb erkannt, oder die Urkunde desselben eingehändigt, und auch so eins von beiden geschehen wäre, nur so lange die bestehende Einrichtung währt. Würde diese einmal aufhören, der Eintrag in die Güterbücher nicht mehr periodisch geschehen, sondern alsbald geschehen können, so würde weder das obrigkeitliche Erkenntniß, noch die Einhändigung von Urkunden zur Sicherheit hinreichen*).

---

*) In Beziehung auf den letztern Umstand bleibt noch die Frage zu schlichten, ob es nicht einen Widerspruch enthalte, daß das Gesetz einmal ohne Zeit-Beschränkung denjenigen mit voller Gültigkeit auch gegen den bisherigen Besitzer verpfänden läßt, über dessen Erwerb obrigkeitlich erkannt oder der Behörde eine Urkunde eingehändigt wurde, und dann doch hier die Unschädlichkeit einer Nicht-Berücksichtigung, oder Verwechslung seines Rechts an eine Zeit bindet.

Indessen hebt sich jener Widerspruch bei dem Gedanken, daß es zweierlei ist, mit Wirksamkeit verpfänden, und durch die Verpfändung den Pfand-Berechtigten auch gegen Dritte sichern zu können, oder selbst gegen Verpfändungen anderer gesichert zu seyn.

Für jenen Fall genügt dem Gesetze die Gewißheit, daß man erworben habe, also durch die Verpfändung keinem Dritten geschadet wird, selbst dem bisherigen Besitzer nicht, da man den Erwerb eines Andern voraussetzt, und diesen Erwerb durch das obrigkeitliche Erkenntniß oder durch Einhändigung der Erwerbs-Urkunde als dargethan betrachtet.

In diesem dagegen soll der Erwerb überhaupt nicht hinreichen, sondern die Oeffentlichkeit desselben zur Sicherung gegen Pfand-Berechtigte erforderlich seyn. So weit [es nun von dem Erwerbenden, wegen einer bestehenden

5) Wie das Gesetz denjenigen schützt, dessen Recht in dem Güterbuch eingetragen war, und ohne sein Zuthun ihm abgeschrieben oder einem Andern zugeschrieben wurde, so schützt es billiger Weise auch den Pfandgläubiger. Gesetzt, es würde das Unterpfand unbefugter Weise gelöscht, nachher die verpfändete Sache von Jemanden erworben, und der neue Erwerber in das Güterbuch eingetragen, so sollte man meinen, der neue Erwerber, welcher im Vertrauen auf das öffentliche Buch erwarb, dürfe nicht um sein Recht verletzt werden.

Allein gerade wie der eingetragene Berechtigte nicht verkürtzt wird, wenn ihm sein Recht ohne seine Schuld abgeschrieben wurde, eben so soll auch der Pfandgläubiger durch Schuld, Irrthum und Nachläßigkeit der Behörde, die ihm sein Unterpfand löscht, um sein Pfandrecht nicht verletzt werden. Ein unbefugt gelöschtes Unterpfand behält volle Kraft, als wäre es nicht gelöscht *).

6) Daß alle diejenigen, welche eine durch Unterpfänder versicherte Forderung durch wirkliche Uebertragung oder als Faustpfand erwerben, an die Stelle des Pfandgläubigers treten, und dessen Rechte gegen fremde Berechtigte geltend machen können, versteht sich von selbst, und läge auch ausser einer gesetzlichen Bestimmung in der Natur der Sache **).

Einrichtung, nicht abhängt, den Erwerb öffentlich zu machen, wird er billig vom Gesetze beschützt. Wo aber diese Einrichtung aufgehört hätte, und es dem Berechtigten möglich wäre den Erwerb und das erworbene Recht sogleich öffentlich zu machen, da soll die bloße Darthuung des Erwerbs durch gerichtliches Erkenntniß, und Einhändigung der Urkunde nicht genügen, um ihn selbst gegen einen Pfandgläubiger zu decken.

*) In allen den angeführten Fällen, wo entweder ein Berechtigter oder Pfandgläubiger gegen ungebührliche Einträge und Löschungen geschützt wird, kann leicht für einen Pfandgläubiger oder Berechtigten Schaden entstehen. Für diesen Schaden muß die Obrigkeit haften; wann und wie, davon später.

**) In wie fern sie noch begünstigter seyen, als der Pfand-

c) Ausschließung der Verjährung.]

Art. 73.

Gegen eine Forderung, welche in das Unterpfandsbuch eingetragen ist, kann weder rücksichtlich der Hauptsumme derselben, noch in Ansehung der damit verbundenen Unterpfänder, die Verjährung ihren Anfang nehmen, so lange nicht der Eintrag gelöscht, oder von dem die Löschung nachsuchenden Berechtigten eine Verwahrung deshalb eingetragen ist. Dagegen kommen, rücksichtlich der aus der Forderung verfallenen Zinsen, die allgemeinen Grundsätze von der Verjährung in Anwendung.

---

1) Die bisherigen Grundsätze kannten eine Verjährung der Forderung, ohne daß deshalb das Pfandrecht mit verjährte [1]).

Sie kannten eine Verjährung des Pfandrechts gegen den Schuldner in 40, gegen nachfolgende Gläubiger bald in 40, bald in 30 Jahren [2]); sie kannten eine Verjährung desselben gegen dritte Besitzer, die entweder ohne gerechten Titel, oder ohne eine, auch auf das Pfandrecht sich beziehende bona fides besitzen, in 30 Jahren [3]), und kannten endlich eine Verjährung des Pfandrechts durch die Verjährung des Eigenthums, insofern der dritte Be-

---

gläubiger selbst, werden wir durch die einzelnen Beispiele am gehörigen Orte erörtern.

1) l. 30. §. 1. D. ad leg. A. (9, 2.) l. 7. §. 1. C. de praescr. XXX annor. (7, 39.) Bachov. de pig. l. 5. c. 3. v. Weningen Ingenheim l. c. B. 2. §. 174. not. f.)

2) l. 7. pr. §. 1—5. C. cit.

3) l. 3. C. cit. l. ult. C. de obl. et act. (4, 10.) Ulrich Huber prael. ad P. l. 20. tit. 6. §. 10. [Gesterding Pfandrecht. S. 355. Glük Commentar ꝛc. Bd. 19. S. 447.

sitzer auch in Beziehung auf das Pfandrecht in gutem Glauben war 4).

Unser Gesetz dagegen schließt alle Verjährung der Hauptforderung, wie des Pfandrechts, durch und durch aus, so lange nicht der Eintrag, wodurch das Pfandrecht bestellt wurde, gelöscht, oder eine Verwahrung deshalb eingetragen ist, und läßt die Verjährung erst von dem Augenblick „ihren Anfang nehmen," wo jener Eintrag gelöscht, oder die Verwahrung eingetragen wird.

So lange der Eintrag dauert, kann von keiner Verjährung die Rede seyn, ob sie dem Schuldner und nachfolgenden Gläubiger, ob sie einem Dritten für das Pfandrecht allein, oder für das Pfandrecht vermittelst der Verjährung des Eigenthums zu Statten kommen soll. Denn das Gesetz verwirft alle Verjährung schlechthin, so lange der Eintrag besteht und keine Verwahrung eingetragen ist.

2) Wie das Gesetz eine doppelte Verjährung kennt, die der Hauptforderung und die der Unterpfänder, so gibt es auch eine zwiefache Löschung, die, welche sich nur auf das Unterpfand bezieht, und die, welche sich auf Unterpfand wie auf Forderung beziehen kann. Jede Art dieser Löschung hat ihren eigenthümlichen Einfluß auf die Verjährung.

I.) Wird das Unterpfand allein gelöscht, d. h. ohne daß man darum die Forderung als getilgt ansehen dürfte, so kann die Löschung auch eine befugte seyn, wie da, wo der Gläubiger ausdrücklich das Pfandrecht nachläßt, ohne deshalb auf die Forderung zu verzichten. Die Ver-

---

4) l. 1. 2. C. si advers. cred. (7, 36.) l. 8. pr. C. 7. 39. Glük l. c. S. 446. Thibaut P. R. Thl. 2. §. 1038. v. Wening-Ingenheim l. c. §. 172. Nicht entgegen sind l. 1. §. 2. D. de pign. (20, 1.) l. 44. §. 5. D. de usuc. (41, 3.) l. 12. D. pro emt. (41, 5.) l. 7. C. de pign. (8, 14.) Man sehe Hug. Donell. de pign. c. ult. und Comment. in Cod. l. 8. tit. 14. l. 7. Bachov. de pign. l. 3. c. 16. Unterholzner von der Verjährung §. 8. 44. 57.

jährung der Forderung beginnt hier für sich allein von dem Augenblick der Löschung. Denn, indem der Eintrag gelöscht wird, ist die vom Gesetz geforderte Bedingung für das Beginnen der Verjährung vorhanden, selbst wenn die Forderung als Forderung nicht gelöscht würde. Denn von einer ohne Unterpfand eingetragenen Forderung redet das Gesetz nicht, und das „Löschen des Eintrags" betrifft nur den Eintrag, welcher für das Unterpfandsbuch allein gehört, den Eintrag eines Unterpfands für eine bestimmte Forderung. Die Verjährung wird in dem angeführten Fall so wenig verhindert, als in dem, wo man ursprünglich eine Forderung allein, in keiner Verbindung mit einem Unterpfand, in das Unterpfandsbuch einzeichnete.

II.) Soll sich die Verjährung auch auf das Pfandrecht beziehen, so muß die Löschung des eingetragenen Unterpfands für sich allein oder mit der Forderung unbefugter Weise vorgenommen worden seyn.

Wäre sie befugt, d. h. das eingetragene Unterpfand mit Recht gelöscht, so könnte von keiner Verjährung gesprochen werden. Man bedürfte deren nicht, da das Pfandrecht befugter Weise gelöscht wurde, also zur Zeit der Löschung schon erloschen war.

III.) Der Löschung gleich ist die Verwahrung, welche ein Berechtigter, der die Löschung nachsucht, ohne sie unbedingt zu erhalten, eintragen läßt.

Was hier zunächst bemerkt werden kann, das ist die Befugniß jedes Berechtigten zur Verwahrung. Der die Löschung nachsuchende Berechtigte muß sich verwahren können, da das Gesetz von dem Daseyn und den Wirkungen einer solchen Verwahrung handelt, also voraussetzt, daß man sie erhalten könne, und auf ihrem Eintrag bestehen dürfe. Diese Verwahrung hat auch selbst, wie die Löschung, eine doppelte Bedeutung, indem sie bald das Unterpfand allein, bald Forderung und Unterpfand betrifft. Trotz dem fällt ihre Wirkung, in Betracht der

möglichen Verjährung, unter allen Umständen mit der einer unbefugten Löschung zusammen. Denn nicht, wie die wahre befugte Löschung des Unterpfands ohne Tilgung der Forderung, macht auch sie die Verjährung des Unterpfands überflüssig. Vielmehr, weil sie nicht Löschung, sondern nur Verwahrung ist, so muß immer noch die Verjährung hinzu kommen, wenn das Pfandrecht und die Forderung wirklich erlöschen soll*).

---

*) Faßt man die zwiefach mögliche Löschung und die Verwahrung etwas tiefer auf, so zeigt sich noch ein merkwürdiger Unterschied hinsichtlich der verschiedenen Personen, welche verjähren können.

Beschränkt sich die Löschung auf das Unterpfand, und ist sie befugter Weise vorgenommen worden, so kann nur einer Verjährung der Forderung, also nur einer Verjährung des Schuldners, oder deren, welche in seine persönlichen Verbindlichkeiten eintreten, gedacht werden.

War die Löschung unbefugt, und umfaßt die Verjährung Forderung und Pfandrecht, so läßt sich nicht blos von einer Verjährung des Schuldners, sondern auch von der eines dritten Besitzers, oder eines nachfolgenden Gläubigers reden. Ihr gleich ist auch die Verwahrung zu schätzen, ob sie sich auf das Pfandrecht allein, ob auf Forderung und Pfandrecht bezieht. Auch auf's Pfandrecht allein bezogen, bewirkt sie, wie schon gesagt, nicht allein die mögliche Verjährung der Forderung, und kann demnach immerhin eine Verjährung des Schuldners, wie des dritten Besitzers, bewirken.

Indessen unterscheidet sich die Verwahrung von der Löschung nicht etwa insofern, als es bei der Löschung allein nicht darauf ankäme, durch wen sie bewirkt wurde. Sey es, daß sie der Schuldner bewirkte, so kann der dritte Besitzer, sey es, daß sie dieser bewirkte, wenn er z. B. das Eigenthum der Sache mit einer dinglichen Klage widerrufen haben will, so kann nicht nur er, sofern die Löschung etwa unbefugt war, das Pfandrecht, sondern auch der Schuldner die Forderung verjähren. Denn wird das Pfandrecht einmal gelöscht, so wird Pfandrecht und Forderung verjährt, sofern jenes noch der Verjährung bedarf, ohne Rücksicht auf den, der Löschung bewirkt.

3) Beginnt die Verjährung einmal ihren Lauf, so werden die Zeitgröße, wie die besondern, je nach Art der Verjährung verschiedenen Erfordernisse ganz im Sinne des bisherigen Rechts beurtheilt. Denn das Gesetz gibt hierüber keine Bestimmung, weder durch Worte noch durch seinen Geist; wo das neue Gesetz aber nichts anordnet, da halten wir uns billig an die sonst geltenden Grundsätze.

Mit dem Löschen des Eintrags oder mit der Verwahrung beginnt also die Verjährung:

a) der Hauptforderung, und wird, je nach ihrem Grunde und ihrer Art, in der gesetzlich sonst bestimmten Frist vollendet. Ist sie aber auch vollendet, so hören, wenn die Löschung nicht befugt war, nicht mehr als bisher eben damit Pfandrecht und Pfandklage auf. Denn die unbefugte Löschung hemmt das Pfandrecht nicht, und die Verjährung der Personalklage hemmt es eben so wenig nach den geltenden Rechts-Ansichten.

b) Des Pfandrechts von Seiten des Schuldners und seiner Erben in 40, und des nachfolgenden Gläubigers in 30, beziehungsweise 40 Jahren.

c) Des dritten Besitzers in 10 und 20 oder 30 Jahren, je nachdem er das Pfandrecht für sich, oder mit dem Eigenthum zugleich verjähren will.

In letzterem Betracht darf man hier nicht vergessen, wie die Verjährung des Pfandrechts durch das Eigenthum nur in dem Fall möglich ist, wenn die Verjährung des Eigenthums zur Zeit, wo der Eintrag unbefugter Weise gelöscht wird, noch nicht ganz vollendet oder theilweise abgelaufen wäre.

Ohne Zweifel kann man das Eigenthum einer verpfändeten Sache auch jetzt noch durch Verjährung erwer-

---

Eben so verhält sich die Sache mit der Verwahrung. Die Verwahrung ist rücksichtlich der Verjährung nichts anders als eine fingirte Löschung, und muß mit der Löschung gleich behandelt werden, wie sie auch das Gesetz mit ihr ganz auf dieselbe Linie stellt.

ben. Allein diese Erwerbung schmälert das Pfandrecht nicht, so lange es eingetragen bleibt und nicht gelöscht wurde, weil die Verjährung des Pfandrechts nur mit der unbefugten Löschung oder der ihr gleichen Verwahrung beginnen kann. Gesetzt nun, es hätte Jemand zur Löschzeit das Eigenthum bereits durch Verjährung erworben, so könnte, da das Pfandrecht noch in voller Kraft wäre, von einer Verjährung des Pfandrechts mit dem Eigenthum keine Rede mehr seyn. Denn das Eigenthum ist bereits, und ohne das Pfandrecht erworben, welches vielmehr von der Löschung des Eintrags oder der Verwahrung an besonders für sich als Pfandrecht verjährt werden müßte.

Gesetzt ferner, die Verjährung des Eigenthums hätte vor der Löschung begonnen, so würde dieselbe vollendet seyn, noch ehe das Pfandrecht, von der Löschung an gerechnet, verjährt werden könnte, weil die vor der Löschung abgelaufene Zeit nicht auf das Pfandrecht bezogen werden dürfte. Auch hier müßte also das Pfandrecht abgesondert und für sich verjährt werden. Indessen bleibt hier zu bedenken, daß die Verjährung des Pfandrechts mit dem Eigenthum ordentlicher Weise in kürzerer Zeit, als für sich allein, vollendet werde, und sich, der Zeit nach, zur abgesonderten Pfandes-Verjährung bald wie 1 : 3, bald wie 1 : 1½ verhalte, je nachdem sie unter Anwesenden oder Abwesenden vor sich geht. Vorausgesetzt mithin, daß die Eigenthums-Verjährung zur Zeit der Löschung noch nicht vollendet ist, und die Pfandes-Verjährung könnte noch eine Zeit lang mit ihr zugleich eintreten, so gingen, die Verjährung unter Anwesenden gesetzt, 3 Jahre, unter Abwesenden, 1½ Jahr der abgesonderten auf 1 Jahr der mit dem Eigenthum zugleich laufenden Pfandes-Verjährung. So dürfte man mithin nur die Anzahl der Jahre, welche die mit der Eigenthums-Verjährung verbundene Pfandes-Verjährung nach der Löschung des Eintrags oder nach der Verwahrung

noch mit 3 oder beziehungsweise mit 1½ vervielfältigen, das Produkt von 30, als der für die abgesonderte Pfandes-Verjährung bestimmten Anzahl Jahre, abziehen, und man erführe, wie lange noch die Pfandes-Verjährung abgesondert, nachdem das Eigenthum bereits verjährt ist, zu laufen habe.

Diese Art zu rechnen liegt in der Natur der Sache; insofern die Pfandes-Verjährung noch mit der Eigenthums-Verjährung lauft, ist ihre Dauer abgekürzt; wenn dann die Eigenthums-Verjährung vollendet wird, so erscheint die Pfandes-Verjährung zum Theil abgelaufen, und zwar gemäß dem Verhältniß, in welchem jene, ihre kürzere Dauer, zu der längern im Fall der abgesonderten Verjährung steht. Unsere Berechnungsart wird aber auch durch die Analogie des sonst geltenden Rechts unterstützt. Die Eigenthums-Verjährung und die mit ihr verbundene Pfandes-Verjährung erfordern unter Anwesenden 10, unter Abwesenden 20 Jahre. Wenn nun der, gegen den verjährt wird, theils anwesend, theils abwesend war, so werden die Jahre der Anwesenheit, welche sich zu denen der Abwesenheit wie 1 : 2 verhalten, mit 2 vervielfältigt, und zwei Jahre der Abwesenheit auf ein Jahr der Anwesenheit gerechnet [5]).

4) Wenn von der Verjährung eines dritten Besitzers durch das Eigenthum die Rede ist, so meinen wir einen solchen dritten Besitzer, der in den öffentlichen Büchern als Erwerber erscheint, indem er z. B. unter dem Titel seiner Erwerbung eingetragen wurde.

Wäre er in den öffentlichen Büchern nicht eingetragen, so könnte er, selbst wo er durch Verjährung das Eigenthum erworben hätte, doch das Pfandrecht nicht erwerben.

Derjenige, dessen Pfandrecht, wie man zum Behuf der Verjährung durch Löschung annehmen muß, unbefugt

5) Nov. 119. c. 8.

gelöscht wurde, ist immerhin noch als Pfandberechtigter zu betrachten; und er macht sein Pfandrecht gegen den nachher Verjährenden, der nicht als Erwerber eingetragen wurde, nicht aus dem Grunde geltend, weil dieser etwa das freie Eigenthum nicht durch Verjährung erwarb, sondern darum, weil er, auch sein freies Eigenthum vorausgesetzt, als nicht öffentlicher Eigenthümer das Pfandrecht sich gefallen zu lassen hat, wie er es sich gefallen lassen müßte, wenn er schon vor der Verpfändung freier, nicht öffentlicher Eigenthümer gewesen wäre.

Das Gesetz läßt ferner die Verjährung erst mit dem Löschen des Unterpfands beginnen. Diese Bestimmung hätte, in Rücksicht des dritten, nichteingetragenen Besitzers, keinen Sinn; denn als nichteingetragen müßte er doch gewiß dem nicht gelöschten Pfandrechte nachstehen, selbst wenn er zur Zeit der Verpfändung schon Eigenthümer gewesen wäre, geschweige wenn er es nachher erst ward. Und doch redet das Gesetz allgemein, ohne den dritten Besitzer als Verjährer besonders auszuzeichnen. Folglich können und dürfen wir, soll anders, wie gewiß ist, das Gesetz auch auf den dritten Besitzer bezogen werden, unter diesem dritten Besitzer nur einen eingetragenen verstehen.

III. Sicherstellung von Rechten durch Eintrag in die öffentlichen Bücher.

a) Sicherstellung von Rechten in Beziehung auf das Gut überhaupt.

Art. 74.

Ein Dritter, welchem hinsichtlich der verpfändeten Sache ein Recht zusteht, kann dasselbe, wenn er es vor der Eintragung des Unterpfandsrechts nicht gewährt hat, nachher gegen den eingetragenen Pfandgläubiger nicht mehr geltend machen.

Art. 75.

Zur Vermeidung dieses Nachtheils muß derjenige, der ein dingliches oder ein auf Erwerbung oder Wiedererlangung eines Guts abzweckendes persönliches Recht bescheinigen kann, und welcher besorgt, es möchte durch Eintragung eines Unterpfands auf der von ihm angesprochenen Sache gefährdet werden, die Bemerkung seines Anspruchs entweder in dem Unterpfandsbuche oder in dem Güterbuche bewirken.

Art. 76.

Diese Verwahrung hat die Wirkung, daß, so lange sie nicht gelöscht ist, der Besitzer des Grundstücks eine, jenem Anspruch nachtheilige, Verfügung blos bedingt vorzunehmen befugt ist, und daß die Gültigkeit der Letztern davon abhängt, ob zu Gunsten des Protestirenden oder zu dessen Nachtheil eine rechtskräftige Entscheidung über seinen Anspruch erfolgt.

Art. 77.

Fällt die Entscheidung für den sich Verwahrenden aus, so erstreckt sich ihre Wirkung rückwärts auf die Zeit der eingelegten Verwahrung: die seit der Verwahrung auf den in Anspruch genommenen Gegenstand bestellten Unterpfänder verbinden daher jenen nicht; vorbehältlich jedoch der für den Fall des Art. 8. gegebenen Bestimmung.

Art. 78.

Wenn dagegen das angesprochene Recht dem Protestirenden in dem rechtskräftigen Urtheile nicht

zuerkannt wird; so muß die Verwahrung im Unterpfands- oder Güterbuch gelöscht werden, und die bedingten Einträge und Verfügungen werden rückwärts unbedingt gültig.

---

1) Wir haben schon einmal in dem Gesetze gelesen, Art. 65. daß der Pfand-Gläubiger gegen alle ihm unbekannten Rechte und Ansprüche gesichert werde, welche zur Zeit der Verpfändung weder im Unterpfandsbuche noch im Güterbuche angemerkt wären.

Durch einfache Analysis jener gesetzlichen Bestimmung konnten wir finden, daß die Inhaber nicht vorgemerkter Rechte, sich das Pfandrecht, ihrer Rechte ungeachtet, gefallen lassen müssen.

Auch suchten wir früher schon die Rechte, welche dem Pfandrecht entgegen stehen könnten, im Einzelnen anzuführen, und die nothwendige Vorsicht klar zu machen, daß jeder Berechtigte, der seines Rechts sicher seyn wolle, dasselbe eintragen lasse.

Dieser Eintrag hat natürlich da keinen Anstand, wo das Recht entschieden und unbestritten ist. Dagegen würde der Berechtigte allerdings in Gefahr seyn, wenn er auf den Eintrag eines nicht anerkannten Rechts nicht dringen könnte. Denn indem er dasselbe nicht eintragen zu lassen vermöchte, müßte er in steter Gefahr schweben, daß ein Unterpfand bestellt, und dieses bestellte Unterpfand seinem Rechte nachtheilig würde.

Der Eigenthümer etwa, welcher sein Eigenthum, sey es unbeschränkt oder beschränkt, eintragen lassen; der dinglich Berechtigte, welcher seinen Niesbrauch, oder sonstige Servitut, sein Recht auf Gülten, Zinse zur Vormerkung bringen wollte; der bedingt Berechtigte, der etwa auf den Fall eines Ereignisses ein Legat erwerben, oder eine Sache mit einer dinglichen Klage zurückerwerben sollte; alle diese werden den Eintrag ihrer Rechte

ohne weiters vollziehen lassen können, sobald sie den Erwerb durch öffentliche Urkunden, Inventuren und Theilungen, oder das offene Bekenntniß dessen, von dem sie das eine oder das andere Recht erwarben, dargethan haben.

Doch wenn der Erwerb noch zweifelhaft, das Recht bestritten, die Voraussetzungen des Erwerbs angefochten wären; wenn also die Behörde kein ungewisses Recht eintragen wollte, so müßte der Gläubiger ohne Eintrag sich der Möglichkeit Preis gegeben sehen, daß ein Pfandrecht sein Recht verkürze.

Diese Möglichkeit tritt besonders dann ein, wo Jemand eine Sache oder ein Recht, die er selbst oder ein Anderer auf den Besitzer übertrug, vermöge einer dinglichen Klage wieder abfordert. Wer eine Schenkung wegen Pflichtwidrigkeit anficht, oder eine aus Furcht oder Zwang gemachte Veräusserung zurücknehmen will, der müßte allerdings in Furcht leben, durch ein vor der Realisirung seiner Ansprüche bestelltes Pfand um diese Realisirung ganz oder theilweise gebracht zu werden.

Daher verlangt und gestattet das Gesetz den Berechtigten zur Sicherheit, daß „derjenige, welcher ein dingliches Recht bescheinigen kann, die Bemerkung seines Anspruchs in dem Unterpfands- oder Güterbuche bewirke.“

Jeder mithin, welcher ein dingliches, sey's auch, nicht anerkanntes und unbestrittenes Recht anspricht, und welcher „besorgt, es möchte dieses Recht durch Eintragung eines Unterpfands gefährdet werden,“ muß, und weil er muß, so kann er auch, wenn er dieser Gefahr enthoben seyn will, das ihm zustehende Recht vormerken lassen, und durch die Vormerkung wahren.

2) Doch nicht ein Jeder hat die Befugniß, so ohne weiters den Eintrag eines Anspruchs zu verlangen. Er muß denselben „bescheinigen;“ das heißt nicht, er müße seinen Anspruch beweisen, sondern er müße wenigstens wahrscheinlich machen, daß er den Eintrag nicht ohne

Grund verlange, und den Anspruch nicht ohne allen Schein geltend mache.

3) Ist der Anspruch eingetragen worden, so entsteht daraus die Wirkung, daß der, welcher bisher für den Besitzer der Sache galt, keine unbedingte Verfügung über dieselbe treffen, und kein Pfandrecht unbedingt ertheilen kann.

Jedes von ihm ertheilte Pfandrecht, enthält vielmehr die Bedingung, wofern der Anspruch dessen, der ihn eintragen ließ, ungegründet sey. Die Wirksamkeit des Pfandrechts, in so weit ihm jener Anspruch ganz oder theilweise entgegensteht, hängt mithin von dem Ausgang des über jenen Anspruch geführten Streites ab.

Wird er dem, welcher sich durch Eintrag verwahrt hat, rechtskräftig aberkannt, so wird das Pfandrecht rückwärts bis zur Zeit der Bestellung gültig, oder wenn es an sich schon gültig war, weil es bei unbestrittenem Eigenthum nur durch ein dingliches Recht geschmälert zu werden Gefahr lief, so wird angenommen, dasselbe sey rückwärts über die ganze Sache, ohne Schmälerung bestellt worden.

Sollte aber der Anspruch, als gegründet, dem Verwahrenden rechtskräftig zugesprochen werden, so ist es eben so gut, als ob der Anspruch schon zu der Zeit der Verwahrung ein vollgültiger, wohlbegründeter, und in den öffentlichen Büchern eingetragen gewesen wäre. Daraus geht dann als nothwendige Folge hervor, daß die nachher bestellten Unterpfänder entweder ungültig sind, wenn sich der Anspruch auf das Eigenthum erstreckte, oder daß sie wenigstens nur unter Vorbehalt des durch den Anspruch gewahrten Rechts gültig sind.

4) Der den Ständen vorgelegte Gesetzes-Entwurf forderte und gewährte zur Sicherung gegen Unterpfänder eine Verwahrung durch Eintrag nur bei einem dinglichen Rechte*). Diese beschränkende Anordnung war auch ganz

*) Ständ. Verh. l. c. 1ste Abthlg. S. 19.

consequent, und dem Geiste unserer Rechts-Principien angemessen. Denn nur ein zur Zeit der Verpfändung vorhandenes dingliches Recht stand dem Pfandrecht im Wege oder schmälerte es. Ein persönliches Recht that ihm keinen Eintrag. Wenn also der Verkäufer oder Schenkgeber vor der Uebergabe der Sache, und bevor der Käufer oder der Beschenkte das Eigenthum erlangte, ein Pfandrecht auf die Sache bestellte, so war dieses Pfandrecht gültig, und der Käufer wie der Beschenkte mußten sich das Pfandrecht gefallen lassen. Gleicher Gestalt konnte derjenige, welcher auf Wiederlangung der Sache ein blos persönliches Recht hatte, das indessen von dem Besitzer bestellte Pfandrecht nicht anfechten.

Erst die ständische Commission *) und dann die Stände wünschten die Vortheile des Eintrags auch auf persönliche Rechte angewendet zu sehen. Daher dann der Zusatz im Art. 75.: „oder ein auf Erwerbung oder Wiederlangung eines Guts abzweckendes persönliches Recht."

Also auch derjenige, welchem ein annoch bestrittenes persönliches Recht auf Erlangung und Wiedererwerbung einer Sache hat, und welcher besorgt, es möchte durch Eintragung eines Unterpfands gefährdet werden, kann den Eintrag dieses Anspruchs in das Unterpfandsbuch oder Güterbuch bewirken.

---

*) Ständ. Verh. l. c. 2te Abthlg. S. 290 u. 382. Ihren Grund hat die Commission selbst in Folgendem ausgesprochen: „Sie (die Commission) dehnt die Zulässigkeit und die Wirkung der Vormerkungen auch auf persönliche Ansprüche aus, jedoch in der Beschränkung auf solche Ansprüche, welche die Erwerbung oder Wiedererlangung eines Guts bezwecken, weil diese sonst durch Verpfändungen, welche in der Zwischenzeit, bis die Ansprüche geltend gemacht werden können, oder bis darüber, wenn sie streitig sind, ein rechtskräftiges Erkenntniß erfolgt, gar leicht vereitelt werden könnten."

Nur das Eine wird vorausgesetzt, daß der Anspruch auf Erlangung oder Wiedererwerbung eines Guts geht. Erlangung oder Wiedererlangung eines Guts heißt aber: Erlangung oder Wiedererlangung des Eigenthums des Guts. Sofern der persönliche Anspruch darauf gerichtet ist, ein Gut, d. h. das Eigenthum eines Guts zu erlangen oder wieder zu erlangen, kann er eingetragen und dadurch gegen Unterpfänder gewahrt werden.

So wie er mithin etwas Anderes, als den Erwerb oder Wiedererwerb des Eigenthums abzweckt, kann er nicht eingetragen, noch durch Eintragung geschützt werden. Namentlich vermag dem zufolge ein persönlicher, auf den Erwerb oder Wiedererwerb nicht des Guts, des Eigenthums, sondern eines andern dinglichen Rechts an dem Gute gestellter Anspruch weder eingetragen, noch durch verwahrenden Eintrag gegen Unterpfänder sicher gestellt zu werden. Denn das Gesetz beschränkt diese Begünstigung einzig und allein auf ein persönliches, die Erlangung oder Wiedererlangung eines Guts, d. h. des Eigenthums eines Guts bezweckendes Recht. Wir aber sind nicht befugt, so auffallend die Analogie auch scheinen möchte, diese Anordnung auf ein persönliches Recht zu übertragen, welches den Erwerb oder Wiedererwerb eines andern dinglichen Rechts als des Eigenthums bezweckt; wir sind um so weniger dazu befugt, als die Anordnung des Gesetzes den Geist unsers Rechtssystems überhaupt verletzt, und eine sonst nicht gekannte Singularität feststellt.

Die persönlichen Ansprüche müßen aber bestritten seyn, wenn dieselben mit Wirkung gegen die nach ihrem Eintrag vom Eigenthümer bestellten Unterpfänder sollen gewahrt werden können. Wären sie nicht bestritten, so würde selbst, wo sie im Augenblick noch nicht geltend gemacht werden dürften *), keine Verwahrung helfen.

*) Weil etwa die, für den Wiederkauf bestimmte Zeit noch nicht eingetreten.

Diese Ansicht leiten wir daher, weil das Gesetz im Art. 75. offenbar von bestrittenen Ansprüchen redet, wie die darauf folgenden Artikel sowohl, als auch die Worte darthun: „der ein ..... Recht bescheinigen kann.“ Das Erforderniß einer Bescheinigung kann da nicht gedacht werden, wo das Recht unbestritten ist. Denn da ist volle Gewißheit des Anspruchs vorhanden *).

Das Gesetz redet zunächst von streitigen Fällen, und wir glauben diesen, eine höchst singuläre, dem Geiste unsers Civilrechts nicht anpassende Vorschrift enthaltenden Ausspruch durch blose Interpretation nicht erweitern zu dürfen. Sodann würden wir durch jene Ausdehnung, und durch den Grundsatz, daß jedes persönliche, auf Erlangung oder Wiedererwerbung eines Guts abzweckende Recht, unter allen Umständen durch Verwahrung gegen die nach dem Eintrag von dem Eigenthümer vorgenommene Verpfändung gesichert werden könne, das Gesetz mit sich selbst in einen Widerspruch bringen.

Der Art. 8. handelt von widerruflichem Eigenthum, und verordnet: „das Pfandrecht des Gläubigers hört jedoch mit dem Rechte des Verpfänders alsdann auf, wenn dieses durch den Eintritt einer gewissen Bedingung oder eines gewissen Verhältnisses rückwärts und zwar in der

---

*) Dennoch leugnen wir nicht, daß sich kein Grund denken lasse, warum persönliche Rechte, wenn sie einmal mit Wirkung gegen die vom Eigenthümer bestellten Unterpfänder gewahrt werden können, nur als bestritten sollen gewahrt werden können; indem offenbar auch bei unbestrittenen Ansprüchen, wenn sie zur Zeit noch nicht geltend gemacht werden dürfen, dieselbe Gefahr für den Berechtigten eintritt. Wir leugnen ferner nicht, daß man vielleicht in dem Antrag der ständischen Commission und der Stände Gründe für eine ausgedehntere Wirkung der Wahrungen finden, und behaupten möchte, daß die Ansichten der Commission und der Stände, deren Antrag ganz allgemein gebilligt wurde, als Veranlasser der gesetzlichen Bestimmung sehr wohl für die Erklärung des Gesetzes bestimmend seyn müßten.

Art aufgelöst wird, daß nach den bestehenden Gesetzen derjenige, auf welchen die Sache zurückfällt, dieselbe mit einer dinglichen oder der dinglichen gleich zu achtenden Klage auch gegen jeden Dritten verfolgen kann." Das Pfandrecht soll also nur dann aufhören, wenn die Sache mit einer dinglichen Klage abgefordert wird. Untersuchen wir indessen ferner, ob diese Voraussetzung die einzige ist, woran die Auflösung des Pfandrechts geknüpft ist, so zeigt es sich, daß ausserdem noch ein Eintrag in den öffentlichen Büchern dazu gehört, um den Widerrufenden gegen das vom Besitzer bestellte Unterpfand zu schützen.

Demnach sagt der Art. 8., daß das Pfandrecht alsdann blos erlösche, wenn der widerrufende das Eigenthum mit einer dinglichen Klage von jedem Dritten abfordern könne, und sein Recht des Widerrufs zur Zeit der Verpfändung in den öffentlichen Büchern eingetragen war. Der Art. 75. dagegen würde, der Ausdehnung zufolge, sagen, daß auch ein eingetragenes und gewahrtes, auf Wiedererlangung eines Guts gehendes, persönliches Recht gegen die nach der Verwahrung vorgenommene Verpfändung sicher sey.

Wir wollen den Widerspruch an einem Beispiele erläutern. Man nehme an, es werde eine Sache unter der Bedingung verkauft, daß sie zu einer gewissen Zeit wieder an den Verkäufer zurückverkauft werden solle (pactum de retrovendendo). Diese Nebenverabredung gibt blos ein persönliches Recht. Der Verkäufer, nehme man weiter an, habe, weil er das persönliche Recht nicht sogleich geltend machen kann, sich deshalb gewahrt; der Käufer aber vor dem Eintritt der Zeit ein Unterpfand auf die Sache bestellt. Schadet dieses Unterpfand dem Verkäufer, der nun die Sache wieder verlangt?

Nach Art. 8. müßten wir Nein! sagen. Das Geschäft wird nicht so aufgelöst, daß dem Verkäufer eine dingliche Klage gegen jeden Dritten verliehen würde.

Nach Art. 75. sollte ein Ja! erfolgen. Denn sey

es auch, daß der Verkäufer die Sache nur vermöge einer persönlichen Klage zurückverlangt, so hat er doch sein Recht gewahrt, und die nachfolgende Verpfändung schadet ihm Nichts.

Umgekehrt, wenn Jemand unter der Lex commissoria veräusserte, und diese Lex nicht in ein öffentliches Buch eintragen ließ, und sofort, nach Eintritt der Bedingung (lege commissa), die Sache mit der ihm zukommenden dinglichen Klage fordert; muß er sich die indessen bestellten Unterpfänder gefallen lassen? Nein! denn der Pfandberechtigte ist gegen jedes zur Zeit der Verpfändung nicht öffentlich gemachte, bedingte oder unbedingte, selbst auf das Eigenthum gehende Recht gesichert. Also wenn der Anspruch nicht eingetragen ist, geht ihm, ob er dinglich oder persönlich sey, das Pfandrecht immer vor. Ist er eingetragen, so soll nach Art. 8. nur der vermöge einer dinglichen Klage angesprochene Widerruf das Pfandrecht auflösen, und nicht der persönliche, nach der vorausgesetzten Erklärung des Art. 75. aber auch der persönliche.

Dieser Widerspruch wird nur durch unsere Erklärung gelöst. Dingliche Klagen, welche auf Wiedererlangung des Eigenthums gehen, vernichten, so sie nur zur Zeit der Verpfändung eingetragen oder gewahrt waren, das vom Besitzer nachher bestellte Pfandrecht in allen Fällen, ohne Unterschied der bestrittenen oder nicht bestrittenen. Diese Wirkung haben ausnahmsweise persönliche, auf Erwerbung oder Wiedererlangung eines Guts abzweckende Rechte, wenn sie bestritten sind, und der Berechtigte sich wahrt, damit er während des Prozesses nicht um das Seinige durch eine Unterpfands-Bestellung gebracht werde *).

5) Ist die Verwahrung vorgenommen worden, so

*) Für diese Ausnahme läßt sich denn auch der vernünftige Grund anführen, daß der persönlich Berechtigte während eines Streits über sein Recht weit eher eine Verpfändung von Seiten des Besitzers fürchten muß, und daß es hart scheint, ihn in dieser hohen Gefahr nicht ausnahmsweise zu schützen.

verbinden die nachher bestellten Unterpfänder den Verwahrenden nicht, dennoch kann ihm in gewissen Fällen eine Verpflichtung auferlegt werden. Wenn nämlich der Berechtigte das Eigenthum einer Sache nur gegen Erstattung oder Zahlung eines Kaufpreises, vermöge einer dinglichen Klage zurückerhält, so muß er ihn an den Pfandberechtigten abtragen. Denn das Gesetz sagt: „vorbehältlich der für den Fall der Art. 8. gegebenen Bestimmung.“ Diese Bestimmung enthält nichts anderes als die eben ausgesprochene Verpflichtung *).

Zwar könnte man dieselbe auch auf die Erwerbung oder Wiedererlangung einer Sache vermöge eines persönlichen Rechts, wenn der Berechtigte einen gewissen Kaufpreis zu entrichten hätte, analog ausdehnen. Allein wir bedenken, daß der Art. 77. nur „den Fall des Art. 8.“ ausnimmt. Während die vorstehenden Artikel von Verwahrungen bestrittener Rechte überhaupt reden, ohne Unterschied, ob das Eigenthum, oder ein anderes dingliches Recht mit einer dinglichen oder persönlichen Klage angesprochen werde, und die Pfandrechte gegen den obsiegenden Verwahrer im Allgemeinen für unkräftig erklären, so sagt der Art. 77. dennoch nicht allgemein: „vorbehältlich der im Art. 8.,“ sondern „der für den Fall des Art. 8. gegebenen Bestimmung.“ Es ist uns mithin nicht gestattet, jene Bestimmung auf einen andern, als gerade den im Art. 8. benannten Fall anzuwenden.

Der Art. 8. spricht aber von widerruflichem, und das vermöge einer dinglichen, nicht persönlichen Klage widerruflichem Eigenthum.

Der Fall des Art. 8. ist also nicht der eines Erwerbs, sondern eines Rückerwerbs, noch der eines Rückerwerbs durch eine persönliche Klage.

*) Commentar Art. 8. Nro. 7.

b) Sicherstellung von Pfandrechts-Titeln.

Art. 79.

Eben diese Wirkung tritt bei einem in Anspruch genommenen Pfandrechts-Titel ein.

Ist dieser Titel gehörig bescheinigt; so kann, wenn gleich zur Zeit das Recht selbst entweder noch bestritten wird, oder blos die Summe der zu versichernden Fordrung noch nicht ausgemittelt, oder sonst irgend eine Ergänzung erforderlich ist, dieses Streits oder Mangels ungeachtet, das Pfandrecht einstweilen sogleich vorgemerkt werden. Wird der Anspruch in der Folge für begründet erkannt, oder der Anstand beseitigt; so ist das Unterpfand als zur Zeit der eingetragenen Vormerkung erworben zu betrachten.

Art. 80.

Zu Begründung dieser Wirkung wird jedoch erfordert, daß die Vormerkung auf ein bestimmtes Vermögens-Stück geschehen sey.

Daher kann die allgemeine auf künftige Erwerbungen sich beziehende Vormerkung eines Pfandrechts-Titels, welche nach Art. 32 und 35 ausschließend den Ehefrauen und Kindern eingeräumt ist, der Gültigkeit und Wirksamkeit später bestellter Unterpfänder nicht nachtheilig seyn, wenn hiebei eine solche Vormerkung nicht beachtet worden seyn sollte.

Art. 81.

Ein nicht vorgemerkter Pfandrechts-Titel kann zum Nachtheil eines in das Unterpfandsbuch einge-

tragenen Pfandgläubigers, so wie gegen den in das Güterbuch eingetragenen neuen Erwerber nicht geltend gemacht werden.

In dieser Beziehung findet auch die im Art. 89. bestimmte Ausnahme keine Anwendung.

---

c) Sicherstellung besonderer Vorzugs-Rechte.

Art. 82.

Die in den Art. 74 — 79 aufgestellten Grundsätze treten auch alsdann ein, wenn einem Gläubiger, welchem mit andern Gläubigern auf eben derselben Sache ein Unterpfandsrecht zusteht, entweder ursprünglich oder erst später ein besonderer Vorzug eingeräumt worden ist, soferne derselbe dieses Vorzugs-Recht auch gegenüber von künftigen Cessionarien oder Faustpfands-Gläubigern desjenigen, welcher ihm solches eingeräumt hat, sicherstellen will.

---

d) Sicherung der Rechte des Eintritts in die Stelle eines befriedigten Gläubigers.

Art. 83.

Auf welche Weise und in welcher Richtung das, entweder auf dem Gesetze oder auf besonderer Uebereinkunft mit dem Schuldner beruhende Recht des Eintritts in die Stelle eines befriedigten Gläubigers, in dem Unterpfandsbuche bemerkt werden müße, ist in den Art. 105 — 111. festgesetzt.

Nicht blos Rechte, welche durch ein Unterpfand verletzt werden könnten, sollen durch eine Verwahrung Sicherheit erhalten, sondern auch dem Unterpfand selbst läßt das Gesetz eine ähnliche Gunst angedeihen.

Es muß einem Gläubiger von Wichtigkeit seyn, sich ein Unterpfandsrecht, das noch nicht wirklich erworben werden kann, gegen andere Gläubiger, die ihm etwa zuvorkommen wollten, zu sichern. In der Unmöglichkeit, ein Unterpfand sogleich bestellen zu lassen, würde er, ohne besondere Fürsorge des Gesetzes, erfahren müßen, daß Güter, die seine Fordrung sichern sollten, Andern verpfändet werden, und durch diese Verpfändung eine Sicherheit vermittelst Unterpfänder ganz oder theilweise abgeschnitten sehen.

1) Daher erlaubt das Gesetz unter allen Umständen, wo ein in Anspruch genommener Pfandrechts-Titel eines Streits oder Mangels halber nicht sogleich verwirklicht werden kann, das Pfandrecht einstweilen sogleich vorzumerken, und erlaubt es ohne zu unterscheiden, welche Ergänzung noch erforderlich seyn, und woran es auch liegen möchte, daß ein Unterpfand nicht definitiv bestellt werden dürfe. Doch prüfen wir mehr im Einzelnen! Die definitive Pfandes-Errichtung kann verhindet werden:

I.) Durch einen unter den Parthien obwaltenden Streit. Betrifft derselbe:

a) den Pfandrechts-Titel selbst, während die Fordrung sowohl als ihre Größe anerkannt ist, so bedarf der Titel nur einer Bescheinigung, und das Pfandrecht kann vorgemerkt werden.

Es kann der den Titel begründende Vertrag, oder Testament, oder das Daseyn der gesetzlichen Voraussetzungen und die Anwendung des Gesetzes auf gewisse Verhältnisse bestritten werden. In allen diesen Fällen würde der Gläubiger, dem es unmöglich ist, ein Unterpfand zu erhalten, vielleicht mit dem besten, nur nicht anerkannten, Rechte, die Verpfändung hinausgeschoben, und durch die

Hinausschiebung etwa gar vereitelt sehen müßen. Das Gesetz gewährt nun eine Vormerkung unter der einzigen Bedingung, daß der Titel „gehörig bescheinigt," nicht daß er voll erwiesen sey. Den vollen Beweis mochte es schon deshalb nicht fordern, weil die Unterpfands-Behörde nicht darüber erkennen, also auch nicht aussprechen kann und darf, es sey ein voller Beweis vorhanden. Aber gehörig bescheinigt soll er seyn, d. h. es soll der Unterpfands-Behörde der Anspruch auf Verpfändung wenigstens wahrscheinlich gemacht werden. Durch welche Mittel er bescheinigt werde, durch unverdächtige Urkunden, oder auf andere Weise, also wodurch die Ueberzeugung der Behörde bestimmt werde, ist gleichviel; wenn er nur durch irgend ein Mittel der Behörde „gehörig bescheinigt" wird, so kann sie das Pfandrecht vormerken. Ist der Widerspruch:

b) gegen die Forderung gerichtet, indem der Schuldner z. B. zugesteht, er habe auf ein gewisses Ereigniß hin, welches eine Schuld für ihn hätte begründen können, einen Titel verheißen, jenes Ereigniß sey aber nicht eingetroffen; so wäre auch hier der Gläubiger einer ähnlichen Gefahr ausgesetzt, dürfte er sein Pfandrecht erst alsdann bestellen, nachdem der Richter über seine Forderung rechtskräftig erkannt hätte. Daher wird ihm für diesen Fall nicht weniger eine vorläufige Bemerkung des Pfandrechts gewährt.

Nach Analogie des bestrittenen Titels glauben wir indessen annehmen zu können, daß nicht bloße Behauptungen hinreichen, um ein Pfandrecht vormerken zu lassen, sondern daß die bestrittene Fordrung durch Urkunden oder sonst wie gehörig bescheinigt, d. h. durch irgend ein Mittel der Behörde eine Ueberzeugung der Wahrscheinlichkeit beigebracht werden müße.

Uebrigens gilt es in Rücksicht der Vormerkung, wie der Bescheinigung, gleich, ob die ganze Forderung, oder nur ein Theil derselben, ihre Größe widersprochen werde.

Gesteht der Schuldner einen Theil der Forderung zu, während er den andern bestreitet, so kann wohl für den zugestandenen Theil nicht blos eine Vormerkung, sondern ein Unterpfand selbst eingetragen, der bestrittene aber, unter Annahme gehöriger Bescheinigung, zur Sicherheit vorgemerkt werden. Wären endlich:

c) Titel sowohl als Forderung nicht zugestanden, so müßte auch hier dem Gläubiger gestattet seyn, sein Pfandrecht vorläufig eintragen zu lassen, vorausgesetzt nur, daß Forderung und Titel vorher gehörig bescheinigt würden;

II.) durch einen sonstigen Mangel, dessen Ergänzung zur definitiven Pfandes-Errichtung erfordert würde. Ein solcher Mangel kann nun:

a) die Forderung anbelangen; zwar nicht insofern, als sie bedingt wäre. Denn auch eine bedingte Forderung kann Gegenstand des Unterpfands seyn, ohne daß man deshalb einer bloßen Vormerkung bedürfte. Wenn z. B. ein Legat von 100 fl. bedingt hinterlassen wurde, und der Legatar mithin dessen Auszahlung nicht sogleich verlangen kann, so hat er einen gesetzlichen Pfandrechts-Titel, den er sogleich realisiren lassen darf. Freilich hängt die Gültigkeit des Pfandrechts von dem Eintritt der Bedingung und der Gültigkeit der Forderung ab; allein das verhindert nicht, daß nicht deshalb doch ein wirkliches Unterpfand bestellt werde.

Dagegen wird die wahre Bestellung eines Unterpfands dadurch verhindert, wenn die Forderung ganz, oder zum Theil ihrer Summe nach nicht bestimmt ist; weil ein Unterpfand nur für eine der Summe nach bestimmte Forderung bestellt werden kann, und die Bestellung für eine unbestimmte Forderung oder den unbestimmten Theil derselben nichtig ist. Dem Gläubiger bleibt es aber vom höchsten Belang, die Sicherheit seiner Forderung, wie groß oder klein sie später erkannt würde, zu retten. Denen z. B., die eine Sache zu fordern haben, deren Werth

erst geschätzt werden müßte, und doch im Augenblick nicht geschätzt werden könnte; denen ferner, die ein noch nicht bestimmbares Interesse ansprechen, wofür ihnen ein Pfandrechts-Titel zugesagt ist; allen diesen und überhaupt allen, die eine ihrer Größe nach erst später berechenbare Forderung haben, müßte es gefährlich werden, die Verpfändung aufzuschieben, weil sie leicht durch einen Andern um deren Möglichkeit gebracht werden können.

Daher sollen auch sie ihr Pfandrecht vormerken zu lassen im Stande seyn. Der Mangel mag sich aber auch:

b) auf die Sache beziehen. Man bedenke nur den Fall, wo der Schuldner im Augenblick keine, oder nicht hinlänglich unbewegliche Sachen zur Verpfändung besitzt, aber im Begriffe steht, solche zu erwerben. Müßte der Gläubiger den Erwerb abwarten, so könnte es füglich geschehen, daß ihm ein Anderer zuvor käme. Daher mag auch er sein Pfandrecht auf die zu erwerbende Sache vormerken lassen.

Diese Befugniß ist den Gläubigern durch unser Gesetz verliehen, welches, nachdem es von der Bescheinigung des bestrittenen Titels, von dem bestrittenen Rechte oder der bestrittenen Forderung, und der noch nicht bestimmten Summe gehandelt, im Allgemeinen hinzufügt: „oder sonst eine Ergänzung erforderlich ist.“ Also jedes mögliche, noch fehlende Requisit, welches die eigentliche wahre Verpfändung hemmt, gehe es auch weder den Titel, noch die Forderung und ihre Summe, sondern irgend einen andern Mangel überhaupt an, berechtigt den Gläubiger zu einer Vormerkung;

III.) dadurch, daß neben dem Streit über die Forderung oder den Titel noch sonst ein der definitiven Verpfändung im Wege stehender Mangel, z. B. die Unbestimmtheit der Summe vorhanden ist.

Selbst in diesem Fall darf dem Gläubiger nicht versagt werden, daß er sein Pfandrecht vormerken lasse, wenn

er nur den bestrittenen Titel oder die widersprochene Forderung vorher gehörig bescheinigt.

Denn, was abgesondert für den Fall des Streits oder eines Mangels gewährt wird, das muß noch mehr da gewährt werden, wo Beides zusammentrifft, und der Gläubiger nur einer größern Gefahr des Verlustes ausgesetzt wäre.

2) Was ist nun eine Vormerkung? Ihr entgegen steht die definitive, d. h. die ohne weitere Rücksicht vollzogene Pfandbestellung.

Die Vormerkung enthält demnach nichts anders, als eine Pfandbestellung mit Rücksicht auf gewisse noch nicht vorhandenen Umstände. Wird aber ein Pfand in der Art bestellt, so wird in die Bestellung zugleich die Bedingung gelegt, daß jene Umstände seyn werden.

Wir können daher die Vormerkung eines Pfandrechts auch eine bedingte Pfandbestellung nennen. Einige Beispiele zur Erläuterung!

Gesetzt, der Titel wäre streitig, so hieße das Pfandrecht vormerken: ein Unterpfand mit Berücksichtigung des Streits, ein Unterpfand auf den Fall bestellen, daß der Titel dem Gläubiger zustehe, oder, da dieses Zustehen gerade bestritten wird, daß er ihm zuerkannt, als zustehend von dem Richter anerkannt werde, es hieße: ein Unterpfand unter einer Bedingung bestellen.

Gesetzt ferner, die Forderung müßte der Summe nach erst ausgemittelt und ihrer Größe nach bestimmt werden, so hieße ein Pfandrecht dafür vormerken ebenfalls wieder: ein Unterpfand mit Rücksicht auf die noch nicht ausgemittelte Bestimmtheit der Summe, also unter der Bedingung bestellen, daß sie später werde ausgemittelt werden.

Gesetzt endlich, die Sache sollte von dem Verpfänder erst erworben werden, so hieße ein Pfandrecht vormerken nichts Anders, als ein Pfandrecht auf den Fall,

folglich unter der Bedingung bestellen, daß sie werde erworben werden.

In diesen Vormerkungen erkennen wir bedingte Pfandbestellungen. Bedingte Pfandbestungen waren aber in dem bisherigen Rechte vollkommen erlaubt *), und mußten wohl nach der Natur der Sache erlaubt seyn, da man überhaupt Rechte unter einer Bedingung erwerben kann.

Das vorliegende Gesetz hat solche Verpfändungen ebenfalls nicht verboten, und durch die ausdrückliche Gestattung einer Verpfändung für eine bedingte Schuld, also durch die Gestattung einer mittelbar bedingten Verpfändung gezeigt, daß sie seinem Geiste nicht fremde seyen.

Um so erklärbarer ist die Erlaubniß, Pfandrechte, die wegen irgend eines Mangels nicht definitiv bestellt werden können, einstweilen vorzumerken, d. h. bedingt zu bestellen. Denn wenn es an sich keinen Unterschied macht, welche Thatsache man in die Bedingung aufnehme, so sie nur nach allgemeinen Grundsätzen aufgenommen werden kann, so mußte das Gesetz, wollte es nicht bedingte Verpfändungen im Ganzen verbieten, auch bedingte in der Form von Vormerkungen errichtete Verpfändungen zugestehen.

Bedingte Verpfändungen aber wollte das Gesetz nicht verbieten, weil sie seinem Geiste und Zwecke nicht entgegen sind, und ihr Verbot nur die allgemeinen Grundsätze verletzt, das bisherige Recht grundlos abgeändert, und die mögliche Sicherheit der Gläubiger sehr beschränkt, theilweise sogar zerstört hätte.

3) Da die Sicherstellung des Pfandrechts-Titels in der Vormerkung des Unterpfands, also in einer bedingten Verpfändung besteht, so folgt von selbst, daß die Vormerkung nur auf bestimmte Güter gemacht werden könne.

---

*) l. 13. §. 5. D. de pign. (20, 1.)

Eine bedingte Verpfändung bleibt immerhin eine Verpfändung, nur daß ihre Wirksamkeit noch von einer Thatsache abhängt. Keine Verpfändung kann aber im Allgemeinen, in Betracht des unbeweglichen Vermögens überhaupt, sondern nur auf besonders bezeichnete Sachen vorgenommen werden.

Gerade wie man ein Unterpfand für eine bedingte Forderung definitiv bestellen mag, aber dabei die Forderung der Summe nach bestimmen muß, eben so mag man das Unterpfand selbst und seine Gültigkeit von einer Thatsache abhängig machen, aber man muß die Sache, welche mit einem Pfandrecht bestrickt werden soll, besonders bezeichnen.

Indessen kennt das Gesetz zwei scheinbare Ausnahmen. Frauen nehmlich und Kinder, die ihre gesetzlichen Titel nicht verwirklichen können, weil der Mann oder Eines der Eltern gar kein oder nicht zureichend unbewegliches Vermögen besitzen, dürfen ihre Titel vormerken lassen. Allein diese Ausnahmen sind nur scheinbar; sie enthalten blos die Befugniß, den Titel vorzumerken, nicht aber das Pfandrecht selbst; sie enthalten keine, noch von irgend einer Thatsache abhängige Pfandbestellung, sondern nur erst einen öffentlich gemachten, nicht dinglichen, sondern persönlichen Anspruch, der die Bestellung eines Unterpfands erst herbeiführen soll, aber nicht selbst eine solche, wenn auch nur bedingte, von gewissen Ereignissen abhängige Bestellung darbietet.

Das wird besonders klar, wenn wir

4) einen Blick auf die Wirksamkeit der Vormerkung legen. Wird ein Pfandrecht vorgemerkt, und es trifft nachher die Thatsache ein, unter deren Berücksichtigung es vorgemerkt wurde, wird z. B. der Titel oder die Forderung rechtskräftig als begründet erkannt, die Forderung ihrer Summe nach bestimmt, die Sache in der That erworben, so wird das Pfandrecht, allgemeinen Grundsä-

tzen und der Vorschrift unseres Gesetzes gemäß, auf den Zeitpunkt der Vormerkung zurückbezogen.

Das vorgemerkte Pfandrecht geht allen denen vor, die nach seiner Vormerkung an derselben Sache ein Pfandrecht erwarben, nicht weniger denen, die nach ihr die Sache selbst in ihr Eigenthum brachten.

Der vorgemerkte allgemeine Titel hingegen legt blos der Obrigkeit die Verpflichtung auf, später erworbene Güter des Ehemannes oder der Eltern mit keinem andern Unterpfand zu bestricken, bis der Titel realisirt seyn würde. Allein diese Verpflichtung begründet blos eine Verantwortlichkeit der Behörde; trotz dem steht der vorgemerkte allgemeine Titel allen denen nach, welche die Sache vor seiner Realisirung erwarben, oder welchen die Obrigkeit nachläßiger Weise ohne Berücksichtigung des vorgemerkten Titels ein Unterpfand bestellte. Wo mithin die Vormerkung eine wirkliche, bedingte Pfandbestellung in sich faßt, da muß sie mit einer bestimmten, besonders bezeichneten Sache vorgenommen werden. In den zwei Fällen, wo blos ein Titel im Allgemeinen vorgemerkt werden kann, da enthält die Vormerkung gar keine, auch keine bedingte Pfandbestellung.

5) Indem wir aussprechen, daß jeder Pfandrechts-Titel, welcher durch Vormerkung gesichert werden soll, einer bedingten Pfandbestellung gleichkomme, und auf eine bestimmte Sache vorgemerkt werden müsse, wollen wir nicht aussprechen, daß nur ein besonderer Pfandrechts-Titel durch vorläufige Bemerkung des Pfandrechts gesichert werden könne.

Auch der allgemeine Titel kann gesichert werden, wenn man den dadurch verliehenen Anspruch auf ein Pfandrecht durch das einstweilige Vormerken desselben auf besonders bezeichnete Gegenstände vorläufig verwirklicht.

Nur als Titel kann er nicht vorgemerkt werden, er stünde denn einer Frau oder Kindern durch das Gesetz zu.

Auf der andern Seite kann auch der besondere Titel, wenn er nicht gesichert und das Pfandrecht nicht einstweilen vorgemerkt wurde, nicht gegen den spätern Erwerber oder Pfand-Berechtigten geltend gemacht werden. Denn der nicht durch Vormerkung gesicherte besondere Titel verleiht kein dingliches Recht zur Sicherheit, sondern blos eine persönliche Befugniß zur Erlangung jenes Rechts auf eine bestimmte Sache. Wenn nun vor der Verwirklichung dieser Befugniß die bestimmte Sache einem Andern verpfändet, oder dem Eigenthum nach auf einen Andern übertragen wurde, so müssen diese dinglich Berechtigten nach der Natur der verschiedenen Ansprüche vorgehen *).

---

e) Sicherstellung der Rechte der Cessionarien und Faustpfand-Gläubiger.

Art. 84.

Der Cessionar einer mit Unterpfändern versehenen Forderung, so wie derjenige, welchem eine solche verpfändet wird, hat zur Sicherstellung seiner Rechte die Eintragung der Cession oder Verpfändung in das Unterpfandsbuch zu bewirken.

---

*) Das Gesetz führt diese beiden Berechtigten im Art. 81. namentlich auf. Indessen bleibt seine Vorschrift nicht auf sie beschränkt. Ihnen analog, aus denselben Gründen und mit derselben Berechtigung ziehen wir dem nicht vorgemerkten, besondern Titel den vor, welcher andere dingliche Rechte, Servituten, Bodenzinse ꝛc. an der Sache erwarb. Wenn übrigens das Gesetz vondem „in das Güterbuch eingetragenen neuen Erwerber spricht," so muß die Sprache natürlich scheinen, sobald man bedenkt, daß ohne den Eintrag der bisherige Besitzer noch als Eigenthümer gälte, und, des neuen Erwerbers ungeachtet, verpfänden könnte.

Von dem Eintrag der Vorzugs-, so wie der Eintritts-Rechte werden wir, um nicht Zusammengehöriges zu trennen, und noch nicht Erörtertes nur halb zu berühren, weiter unten handeln.

Ist die wirkliche Eintragung noch einem Anstande unterworfen; so findet auf den Antrag des Betheiligten eine vorläufige Bemerkung in dem Unterpfandsbuche mit der im Art. 77. u. 78. bezeichneten Wirkung Statt.

Art. 85.

Versäumen Cessionarien oder Faustpfand-Gläubiger die Eintragung ihres Rechts im Unterpfandsbuche zu bewirken; so müssen sie die auch nach der Erwerbung dieses Rechts von dem ursprünglichen Gläubiger hinsichtlich der Haupt-Forderung oder der Unterpfänder getroffenen Verfügungen, vorbehältlich der Entschädigungs-Ansprüche an denselben, gegen sich anerkennen; es wäre dann, daß dem Schuldner oder dem betheiligten Dritten etwas Betrügliches dabei zur Last fiele.

Namentlich kann eine dem ursprünglichen Gläubiger in gutem Glauben geleistete Zahlung von jenen nicht angefochten werden.

---

f) Sicherstellung der Einreden des Schuldners.

Art. 86.

Gegenüber von dem ursprünglichen Gläubiger und dessen Erben wird der Schuldner seiner Einreden in Ansehung der durch Unterpfänder versicherten Forderung in keinem Falle verlustig, und es kann die Unterlassung der Eintragung dieser Einreden in das Unterpfandsbuch, mögen solche schon zur Zeit der Pfandbestellung begründet, oder erst nachher entstanden seyn, dem Schuldner in jener Beziehung, den hienach

(Art. 87.) erwähnten Fall ausgenommen, keinen Nachtheil bringen.

Art. 87.

Insbesondere kann bei Geld-Darlehen der Schuldner, wenn die vertragsmäßige Summe vom Gläubiger noch nicht, oder nicht ganz entrichtet ist, auch nach der Eintragung sich wegen des nicht empfangenen Gelds verwahren. Doch muß er, soll der Beweis der Bezahlung auf den Gläubiger fallen, diese Verwahrung innerhalb dreißig Tage in dem Unterpfandsbuche vormerken lassen, oder innerhalb dieser Zeit im gerichtlichen Weg deshalb eine Einrede vorbringen. Die erwähnte Frist lauft von dem Tage der Ausfertigung des Pfandscheins.

Ist die Verwahrung in dem Unterpfandsbuche innerhalb der Frist nicht erfolgt; so findet nach Verfluß der letztern die Einrede nur mit der Wirkung Statt, daß solche von dem Schuldner erwiesen werden muß.

Art. 88.

Gegen einen Dritten hingegen, welcher die eingetragene Forderung durch lästigen Rechts-Titel und in gutem Glauben erworben hat, oder welchem sie unter gleicher Voraussetzung verpfändet worden, können von dem Schuldner Einreden wider die ursprüngliche Richtigkeit der Forderung, so wie später entstandene Einreden, namentlich der Zahlung oder der Compensation, nur dann geltend gemacht werden, wenn solche in dem Unterpfandsbuche zur Zeit des Eintrags

der Erwerbung durch den Dritten, vorgemerkt sind, oder von dem Schuldner auf die Benachrichtigung von dem Vorhaben dieser Eintragung gleichbald angezeigt werden.

---

1) Es ist bereis davon gehandelt worden, daß derjenige, welchem eine öffentlich versicherte Forderung übertragen wird, sich aller Rechte seines Vorgängers bedienen, und dieselben gegen nicht eingetragene Eigenthümer, oder sonst dinglich Berechtigten geltend machen könne.

Der nun, welchem eine Forderung übertragen wurde, begreift zwei verschiedene Personen in sich, einmal den Cessionar, welchem die Forderung wahrhaft abgetreten wird, sodann den Faustpfand-Gläubiger. Denn auch der Faustpfand-Gläubiger erhält schon nach dem bisherigen Rechte die Befugniß, die verpfändeten Forderungen einzutreiben [1]); und wie er dadurch dem Cessionar zur Seite steht [2]), so werden ihm um seiner Sicherheit willen die dem Cessionar eingeräumten Vorzüge ebenfalls gegeben*).

Beiden mithin, dem Cessionar, wie dem Faustpfand-Gläubiger, stehen die Rechte ihres Vorgängers gegen dritte Berechtigte ohne weiters zu, und ohne daß die Cession oder die Bestellung des Faustpfandes eines Eintrags bedürfte.

2) Allein dadurch sind sie noch nicht gegen die Verfügungen des ursprünglichen Gläubigers selbst geschützt, welche derselbe nach der Abtretung der Forderung oder nach der Faustpfands-Bestellung mit der Forderung oder

---

1) l. 18. D. 13. 7. l. 13. §. 2. D. 20. 1. l. 4. C. quae res pign. (14, 17.)

2) l. 7. l. 8. C. de hered. vel. act. vend. (4, 39.)

*) Der Cessionar erwirbt übrigens zugleich das mit der Forderung verbundene Pfandrecht (l. 6. D. de hered. vel act. v. (18, 4.) l. 5. §. 2. D. quib. mod. pign. (20, 6.) l. 14. C. de pign. (8, 14.)

den Unterpfändern, sowohl dem Schuldner, als andern dritten Personen gegenüber, treffen könnte. Würde er z. B. von dem Schuldner oder von einem dritten Erwerber Zahlung annehmen, und hiedurch die Forderung wie das Unterpfand erlöschen machen; so wäre der Cessionar und Faustpfands-Gläubiger um das erworbene Recht, und um die dasselbe verbürgende Sicherheit gebracht.

Daher gestattet und gebietet mittelbar das Gesetz, daß sie die Abtretung des Rechts sowohl als die Verpfändung in dem Unterpfandsbuche vormerken lassen.

Denn auf den Fall der Vormerkung werden sie gegen alle Verfügungen, welche der ursprüngliche Gläubiger „hinsichtlich der Forderung oder der Unterpfänder" treffen möchte, gesichert. Wollen sie mithin, nach der Abtretung und Verpfändung, ihres Rechtes und ihrer Sicherheit gewiß seyn, so müssen sie auch jene und diese vormerken lassen.

Diese Vormerkung könnte übrigens Anstand haben, wenn irgend ein Widerspruch obwaltete, der Gläubiger z. B. oder sein Stellvertreter selbst, aus welchem Grunde es sey, dagegen stritten. Alsdann müßten jene in Gefahr kommen, könnten sie ihr Recht auf keine Weise sichern. Darum gesteht das Gesetz allenthalben, wo die Vormerkung von irgend einer Seite her Widerspruch erführe, und „einem Anstand unterworfen" wäre, eine Verwahrung zu. Dabei macht es keinen Unterschied, welcher Anstand entgegen stehe, und woher er rühre, von Seiten des ursprünglichen Gläubigers, des Schuldners oder eines Dritten.

Diese Verwahrung wird, wenn der Anstand beseitigt ist, rückwärts als Vormerkung angesehen, und keine nach ihrem Eintrag von dem ursprünglichen Gläubiger getroffene Verfügung schadet den sich Wahrenden.

Würde demnach ein Streit über die Gültigkeit der Abtretung oder des Faustpfands geführt, deßhalb eine Verwahrung eingelegt, hierauf der Streit zu Gunsten

des Verwahrenden entschieden so müßten alle nach der Verwahrung getroffenen Verfügungen ihre Kraft verlieren.

3) Werden der Cessionar oder der Faustpfand-Gläubiger durch die Vormerkung oder Verwahrung gesichert, so folgt daraus noch nicht, daß sie ohne dieselbe sich eine jede Verfügung müssen gefallen lassen. Das Gesetz sagt zwar, sie müßten sich jede Verfügung gefallen lassen, aber es fügt beschränkend hinzu: „es wäre denn, daß dem Schuldner oder dem Betheiligten Dritten etwas Betrügliches dabei zur Last fiele."

Um diese Bestimmung zu verdeutlichen, wollen wir kurz auf das bisherige Recht zurückgehen. Nach diesem war das Verhältniß zwischen dem Schuldner und ursprünglichen Gläubiger durch die Cession der Forderung nicht gestört; der Schuldner konnte auch nach der Cession gültig zahlen, er hätte denn von dem Cessionar eine Anzeige erhalten, oder schon einen Theil der Schuld an denselben gezahlt[3]). Das sonst woher erlangte Wissen schadete ihm nicht.

Der Cessionar einer versicherten Forderung, oder der Faustpfand-Gläubiger, welche die Cession oder Verpfändung nicht vormerken ließen, sollen immerhin sicher bleiben, wenn der Schuldner oder ein Dritter betrügerisch handelte; folglich nicht nur wenn:

I.) der Schuldner den Gläubiger zahlte, nachdem er bereits eine Anzeige bekommen, oder einen Theil der Schuld gezahlt hatte. Denn er ist gewiß nicht ohne Dolus, so er trotz dem den ursprünglichen Gläubiger nachher befriedigt; sondern auch wenn:

II.) dem Schuldner ohne Anzeige sonst woher das Faustpfand oder die Cession bekannt wurde. Er hat, indem er die Cession und die Verpfändung kannte, und dennoch zahlte, wissentlich des Einen Recht und des An-

---

3) l. 4. C. quae res pign. (8, 17.) l. 3. C. de nov. (8, 42.)

dern Sicherheit zu Nichte zu machen gesucht, und konnte unmöglich im guten Glauben handeln. Unser Gesetz sagt aber; „nur eine im guten Glauben geleistete Zahlung könne nicht angefochten worden.“

Noch weniger als bei der Zahlung oder einer sonstigen Befriedigung kann der Schuldner alsdann im guten Glauben seyn, wenn er, mit der Cession und dem Faustpfand wohl bekannt, sich durch einen unentgeldlichen Vertrag befreien ließ[4]);

III.) die blos das Unterpfand betreffende Verfügung des ursprünglichen Gläubigers muß dem Cessionar gegenüber eben so beurtheit werden, als diejenige, welche die Haupt-Forderung betrifft. Denn das Gesetz sagt: „oder der Unterpfänder.“ Läßt also der ursprüngliche Pfand-Gläubiger dem Schuldner den Pfandnexus nach, und dem Schuldner war das Faustpfand oder die Cession unbekannt, so erlischt auch das Unterpfand. Denn jede Verfügung des ursprünglichen Gläubigers, wird nach dem guten Glauben des Schuldners geschätzt, und bleibt, war der vorhanden, auch gültig, wie sie umgekehrt, fehlte er, also kannte der Schuldner die Veränderung durch eine ausdrückliche Anzeige oder sonst woher, unwirksam erscheint.

IV.) Ausser dem Schuldner können noch andere, dritte Personen, durch die Verfügungen des Gläubigers betheiligt werden, und zwar:

a) der Verpfänder selbst, wenn z. B. ein Dritter seine Sachen für die Schuld eines Dritten verpfändete. Hiebei darf man vor Allem nicht vergessen, daß, wenn der Schuldner auf eine gültige Weise bezahlt, das Unterpfand erlöschen müsse, auch wo der Verpfänder die Cession oder das Faustpfand kannte. Denn ist einmal die Hauptschuld

---

4) Wenn also auch nicht nach dem bisherigen Recht, da das Gesetz ausdrückliche Anzeige forderte, so muß doch der Grund Glük's (Comment. Bd. 16. §. 1020. S. 424—426.), daß der Schuldner dolos handle, nach dem neuen Gesetz hinreichen, um seine Befreiung zu verhindern.

auf eine gültige Weise völlig aufgehoben, so kann das accessorische, nur für ihre Sicherheit gegebene, und nur neben ihr Sinn habende Recht, keinen Bestand behalten, und der Dolus des Verpfänders mithin nicht in Betracht kommen.

Hat aber der ursprüngliche Gläubiger das Pfandrecht, abgesehen von der Hauptschuld, unentgeldlich zu einer Zeit nachgelassen, wo dem Verpfänder die Cession oder das Faustpfand nicht mehr fremd war, sey's, daß er durch eine Anzeige oder auf andere Weise Nachricht davon erhielt, so ist der Nachlaß ohne Wirkung. Der Verpfänder durfte mit dem, von dem er wußte, daß er sein Recht einem andern übergab, über dieses Recht nicht vertragen, und konnte nicht vertragen, ohne den Vorwurf dolosen Verfahrens auf sich zu laden.

Eben so wenig kann es dem neuen Berechtigten Nachtheil bringen, wenn der Verpfänder vielleicht gar selbst, nachdem er in Kenntniß von der Cession gesetzt war, dem Gläubiger gezahlt hätte. Die Zahlung befreit ihn nicht von dem, gegen welchen er nicht im guten Glauben handelte;

b) irgend eine andere Person, ein neuer Erwerber oder Pfand-Gläubiger.

α) Erwirbt Jemand eine verpfändete Sache, und der ursprüngliche Gläubiger wird nachher durch den Schuldner befriedigt, während der Käufer von der Cession oder dem Faustpfand nichts wußte, so hört, wenn der Schuldner in gutem Glauben war, die Schuld wie das Pfandrecht auf; sollte selbst der dritte Erwerber im bösen Glauben erworben haben.

Auch hier meynen wir, daß das Pfandrecht erlöschen müße; da die Hauptforderung erlischt, so wie der Schuldner in gutem Glauben zahlt; ohne sie kann aber das Unterpfand nicht fortdauern.

β) Auf dieselbe Art ist zu entscheiden, wenn ein Dritter die verpfändete Sache zu Unterpfand erhält, und der ur-

sprüngliche Gläubiger nachher vom Schuldner befriedigt wird.

Ist der Schuldner in gutem Glauben, so erlischt die Hauptschuld und mit ihr das ältere Pfandrecht.

γ) Immer hingegen bleibt das Pfandrecht stehen, wenn der dritte Besitzer oder Pfand-Gläubiger selbst dem ursprünglichen Gläubiger im bösen Glauben zahlen, oder das Pfandrecht ihnen, die sie im bösen Glauben sind, nachgelassen wird; während es umgekehrt erlischt, wenn die Zahlung von ihnen im gutem Glauben geschieht, oder ihnen, die sie in gutem Glauben sind, das Pfandrecht nachgelassen wird.

Ganz auf dieselbe Weise urtheilen wir, wenn Jemand die Sache unter der Verabredung erwarb, oder Geld gegen Verpfändung der Sache mit der Verabredung herleiht, daß der Gläubiger damit befriedigt werde, und derselbe wirklich damit befriedigt wird. Hier ist es eben so gut, als ob sie selbst den Gläubiger zahlten, da das Geld von ihnen aus gezahlt wird, sollte es auch durch den Schuldner gezahlt werden. Es dreht sich mithin auch Alles um ihren guten oder bösen Glauben.

In allen den Fällen nun, wo der Cessionar oder Faustpfand-Gläubiger sich die Verfügungen des ursprünglichen Pfand-Gläubigers muß gefallen lassen, weil er keine Vormerkung oder Verwahrung in das Unterpfandsbuch eintragen ließ, da bleibt ihm nur der Anspruch auf Entschädigung gegen seinen Cedenten oder hie und da den Schuldner offen.

Umgekehrt kann der Schuldner oder ein Dritter allenthalben, wo sie wegen ihres Wissens nur im bösen Glauben handeln könnten und dem Cessionar oder Cedenten verhaftet blieben, und ihre Handlung, worin sie bestehe, den Letztern nicht schadete, jede Anforderung und jede Klage des ursprünglichen Gläubigers rechtlich zurückweisen; wie dieß auch der Schuldner nach dem bis-

herigen Rechte, im Fall er eine Anzeige erhalten, oder einen Theil gezahlt gehabt hätte, gekonnt haben würde *).

4) Auſſer dem Vortheil, welcher den Ceſſionarien und Fauſtpfand-Gläubigern durch die Vormerkung oder Verwahrung der Ceſſion und Verpfändung dadurch erwächst, daß ſie an keine nachher getroffene Verfügung des Gläubigers gebunden ſind, und nicht erſt den böſen Glauben des Schuldners oder des Dritten nachzuweiſen haben, auſſer dieſem Vortheil erlangen ſie dadurch auch gegen die dem Schuldner ſchon vor dem Eintrag entſtandenen Einreden Schutz, und mithin bevorzugtere Anſprüche.

Haben nämlich der Ceſſionar oder Fauſtpfand-Gläubiger ihr Recht eintragen laſſen, und es iſt zur Zeit dieſes Eintrags in dem Unterpfandsbuche keine Einrede vorgemerkt geweſen, welche ſich entweder, wie die Einrede des nicht gezahlten Geldes, der Nichtſchuld, auf die urſprüngliche Unrichtigkeit, oder, wie die Einrede der Zahlung, der Compenſation, des Nachlaſſes, der Novation, auf die ſpätere Aufhebung der Obligation bezieht; ſo kann auch keine dieſer nicht vorgemerkten Einreden gegen den Ceſſionar oder Fauſtpfand-Gläubiger angeführt werden.

Das Geſetz ſpricht zunächſt von den Einreden gegen die Forderung. Da indeſſen dieſe in Richtigkeit bleiben, das Unterpfand dagegen für ſich allein aufgehoben wer-

---

*) l. 3. c. mand. (4, 35.) Donell. Comment. l. 15. c. 43. Davon, wenn der urſprüngliche Gläubiger eine zweite Ceſſion vornahm, dünkte uns nicht nothwendig zu handeln, weil der zweite Ceſſionar, dem erſten gegenüber, höchſtens als der Stellvertreter des urſprünglichen Gläubigers erſcheinen könnte, und wie dieſer in allen Verhältniſſen beurtheilt werden müßte.

Wir haben die Folgen der geſetzlichen Beſtimmung einfach zu entwickeln geſucht. In wiefern dieſe Beſtimmung ſelbſt zu den Grundſätzen und dem Geiſte des Geſetzes ſtimme, ließen wir hier, wo wir von dem Werth des Geſetzes und ſeiner Anordnungen überhaupt nicht reden, füglich dahin geſtellt ſeyn.

den kann, und da ferner dem Cessionar und Faustpfand-Gläubiger, ihrer Sicherheit wegen, die Fortdauer des Unterpfands nicht weniger werth ist; so müßen wir, dem Geiste des Gesetzes gemäß, und seiner Bestimmung über die Einreden gegen die Forderung analog, den Satz aufstellen, daß keine Einrede, welche entweder gegen die ursprüngliche Richtigkeit, oder die rechtliche Fortdauer des Unterpfands-Verbands vorgebracht werden möchte, vorgebracht werden könne, wenn sie zur Zeit des Eintrags der Cession nicht vorgemerkt war *).

Diese ausgezeichnete Sicherheit der Cessionarien und Faustpfand-Gläubiger ist aber wesentlich an drei Erfordernisse gebunden:

a) Die Einreden, wogegen sie gesichert werden, dürfen nicht selbst in dem Unterpfandsbuche vorgemerkt seyn. Denn das Gesetz sagt ausdrücklich: „die Einreden können dann geltend gemacht werden, wenn sie in dem Unterpfandsbuche zur Zeit des Eintrags der Erwerbung durch den Dritten vorgemerkt sind.“

Hat mithin der Schuldner, vorsichtig, seine Einreden in dem Unterpfandsbuche vormerken lassen, so kann er

---

*) Wenn wir aber hier von Einreden gegen das Pfandrecht sprechen, so meinen wir nicht solche, welche aus dem Verhältniß der Sache zu einer dritten Person ausser dem Verpfänder hergenommen sind; hierüber haben wir schon gehandelt, als wir von den Rechten des Pfand-Gläubigers handelten, welche von denen der Cessionare und Faustpfand-Gläubiger darin nicht verschieden sind; indem der Pfand-Gläubiger gegen jedes nicht eingetragene Recht sicher ist, und diese Sicherheit mit dem Pfandrecht zugleich auf andere überträgt, welche deren auch ohne besondere Vormerkung der Cession oder des Faustpfandes genießen.

Einreden gegen das Unterpfand, wie wir sie hier meinen, könnten z. B. aus der Person des Verpfänders, aus einem Betrug oder Irrthum, aus einer nachher erfolgten Remission des Gläubigers ꝛc. hergenommen seyn.

dieselben füglich auch gegen den Cessionar und den Faustpfand-Gläubiger noch anführen und geltend machen[5]).

b) Der Cessionar und Faustpfands-Gläubiger müßen ihre Rechte unter lästigem Titel und in gutem Glauben erworben haben.

Denn das Gesetz spricht mit klaren Worten aus, daß der Schuldner seiner nicht vorgemerkten Einreden blos gegen den verlustig werde, welcher die „eingetragene Forderung in lästigem Titel und in gutem Glauben erworben hat, oder welchem sie unter gleicher Voraussetzung verpfändet worden."

Wie mithin der Cessionar und Faustpfand-Gläubiger sich die Einreden muß gefallen lassen, welche zur Zeit, wo er sein Recht eintragen ließ, in dem Unterpfandsbuch bereits vorgemerkt waren; so muß er sich auch die nicht vorgemerkten gefallen lassen, wenn er selbst:

α) nicht mit lästigem Titel;

β) und, wo mit lästigem Titel, doch nicht im guten Glauben erwarb. Ist demzufolge:

ad α) dem Cessionar die Forderung geschenkt, durch ein Legat hinterlassen worden, und der Grund seiner Erwerbung also ein unentgeldlicher, oder ward dem Faustpfand-Gläubiger das Faustpfand für eine alte Forderung, vielleicht gar die alte Forderung eines Dritten eingeräumt, und sein Pfandrecht ebenfalls unentgeldlich erworben; oder:

---

5) Wir können hier die Bemerkung nicht unterlassen, daß das Gesetz bei dem Eintrage der Cession oder des Faustpfands, nicht weniger der Einreden blos von dem Unterpfandsbuche spricht; mit Recht ziehen wir daraus den Schluß, daß Einträge dieser Art nur in diesem Buche mit Wirksamkeit gemacht werden können. Im andern Fall würde das Gesetz, wie es in der Regel thut, gewiß auch das Güterbuch genannt haben. Die Beschränkung von Einträgen der Art auf das Unterpfandsbuch ist auch in sofern natürlich, als sie sich nicht auf ein Verhältniß zur Sache, sondern blos auf die Bestellung des Unterpfands, auf das Unterpfand als solches beziehen.

ad β) jener und dieser in bösem Glauben gestanden, indem sie die dem Schuldner zustehenden Einreden wohl kannten, und trotz dem erwarben, so müßen sie sich die Einreden gefallen lassen. —

Hier zeigt sich ein auffallender Unterschied des neuen Gesetzes von dem sonst geltenden Rechte. Nach diesem kann dem Cessionar in der Regel jede Einrede entgegengehalten werden, welche auch dem Cedenten entgegen stand, nur nicht die Einrede des Betrugs, es wäre denn, daß er die Cession durch eine unentgeldliche Veranlassung erwarb, oder selbst im bösen Glauben gewesen wäre [6]).

Nach dem neuen Gesetz aber steht dem Cessionar oder Faustpfand-Gläubiger gar keine Einrede entgegen, welche zur Zeit, wo er sein Recht eintragen oder verwahren ließ, nicht selbst vorgemerkt war, es müßte dann seyn, daß er ohne lästigen Titel oder nicht in gutem Glauben erwarb; so daß nach dem neuen Gesetz alle nicht vorgemerkten Einreden, wie nach älterem Recht die Einrede des Betrugs, beurtheilt werden.

c) Die Einreden müssen ferner: „von dem Schuldner auf die Benachrichtigung von dem Vorhaben dieser Eintragung nicht gleichbald angezeigt worden seyn."

Hätten der Cessionar und Faustpfand-Gläubiger ihre Rechte mit lästigem Titel und gutem Glauben erworben, und dieselben auch in das Unterpfandsbuch eintragen lassen, so kann ihnen dennoch jede Einrede entgegengesetzt werden, welche der Schuldner, von dem Vorhaben des Eintrags benachrichtigt, gleichbald anzeigt.

Der Schuldner muß mithin, wenn er seine Einrede verlieren soll:

---

6) l. 4. §§. 28—31. D. de. dol. mal. et not. exc. (44, 4.) Dem, welcher eine Forderung zum Pfand erhielt, stand die Einrede immer entgegen (l. 4. §. 29. D. eod.). Daß dem Cessionar die Exceptio Doli in dem Fall immer schaden soll, wenn der Cedent die Forderung durch Dolus erwarb (v. Wening-Ingenheim l. c. 3r B. §. 51.), scheint wenigstens aus l. 4. §. 17. D. eod. nicht hervorzugehen.

α) von dem vorzunehmenden Eintrag benachrichtigt werden. Würde er nicht davon benachrichtigt, und nicht in den Stand gesetzt, seine Einreden anzuzeigen, so könnten dieselben ihm auch nach dem Eintrag nicht abgesprochen werden. Auf welche Weise der Schuldner benachrichtigt werden müsse, hat das Gesetz nicht bestimmt. Mit Recht ziehen wir daraus die Folge, daß dasselbe die Nachricht an keine Form, weder ihrem Inhalte nach, noch rücksichtlich der Personen von denen sie ausgeht, binden wollte. Mag demnach der Schuldner durch die Behörde, den ursprünglichen Gläubiger, den Cessionar oder Faustpfand-Gläubiger von dem Eintrag in Kenntniß gesetzt werden, so reicht das hin, um ihn seiner Einreden verlustig zu machen, wenn er sie nicht anzeigt;

β) sie auch auf die erhaltene Nachricht nicht alsbald angezeigt haben.

Diese Anzeige geschieht zunächst an die Behörde. Würde sie an den Cessionar oder den Faustpfand-Gläubiger geschehen, so würde sie nur dann eine Wirkung haben, wenn diese noch vor der Erwerbung ihres Rechts die Anzeige erhielten, und dadurch nicht mehr im guten Glauben erwerben könnten. Nach der Erwerbung würde sie dem Cessionar oder Faustpfand-Gläubiger, die ihr Recht trotz ihr eintragen ließen, nicht nachtheilig seyn. Der böse Glaube der neuen Berechtigten schadet nur, wenn er sich, wie das Gesetz klar ausspricht, auf die Erwerbung bezieht.

Die Anzeige soll ferner „alsbald" gemacht werden. Dieses „alsbald" enthält eine gewisse Unbestimmtheit, und muß sie enthalten.

Zwar hatten die Stände in ihrem Antrag an die Regierung den Zeitpunkt der Anzeige auf drei Tage festgesetzt; allein die Regierung setzte eine unbestimmte Frist an deren Stelle[7]). Es hängt mithin von dem den jedes-

7) Ständ. Verhandl. l. c. 2e Abthlg. S. 394 und 442.

maligen Umständen angepaßten Ermessen ab, ob die Anzeige in der Zeit geschah, daß man sagen kann, sie sey alsbald, d. h. in der möglich kürzesten Zeit gemacht worden.

5) Die Anzeige, wie die Vormerkung ist dem Schuldner nothwendig, um gegen Cessionarien und Faustpfand-Gläubiger sicher zu seyn.

Dem Gläubiger selbst und dessen Erben kann er zu allen Zeiten auch die nicht vorgemerken Einreden entgegen setzen.

Nur eine einzige Ausnahme kennt das Gesetz bei Geld-Darlehen.

Will der Schuldner dem Gläubiger die Einrede des gar nicht, oder nicht vollständig entrichteten Geldes mit Wirksamkeit entgegen halten, so muß er deßhalb inner 30 Tage von Ausfertigung des Pfandscheins an eine Verwahrung in dem Unterpfandsbuche vormerken lassen, oder die Einrede gerichtlich vorbringen.

Dem bisherigen Rechte zufolge konnte ein Jeder, welcher in einer Urkunde Geld oder andere Sachen [8]) empfangen zu haben bekannte, innerhalb zwei Jahre sich mit einer Einrede der Art schützen, daß der Gläubiger den Beweis der Zahlung führen mußte. Nach Verfluß von zwei Jahren war die Urkunde so sehr verbindend, daß nicht einmal der Gegenbeweis geführt werden durfte [9]).

Unser Gesetz dagegen beschränkt die Einrede auf Geld-Darlehen, und entscheidet dadurch in Betreff öffentlich versicherter Forderungen eine bisher bestrittene Frage im Sinne derjenigen, denen die Gesetze nicht zur Seite standen.

Es beschränkt sie ferner auf dreißig Tage, während sie sonst zwei Jahre hindurch gilt. Dagegen bestimmt es die dreißig-tägige Frist nur für die Verwahrung. Ist

---

8) l. 14. pr. — §. 3. C. de non n. p. (4, 30.)

9) §. un. J. 3. 22.

diese innerhalb der Frist, und zwar, wie das Gesetz verlangt, in das Unterpfandsbuch eingetragen worden, so bleibt dem Schuldner die Einrede auf immer mit ihrer gewöhnlichen Wirkung.

Sind dreißig Tage abgelaufen, ohne daß eine Verwahrung eingetragen wurde; so verliert der Schuldner die Einrede nicht ganz, sondern er wird nur mit der Last des Beweises beschwert. Durch diese Bestimmung ist auch eine sonst bestrittene Frage in Betracht öffentlich versicherter Forderungen zu Gunsten der in den Gesetzen nicht begründeten Meinung entschieden worden.

Wie indessen nach dem bisherigen, auch jetzt noch bei andern Forderungen, die nicht öffentlich versichert sind, geltenden Rechte, der Schuldner innerhalb der Zeit, wo ihm die Einrede wirksam zustand, sie, gerichtlich klagend [10]), geltend machen konnte, so gibt ihm auch unser Gesetz die Befugniß, sie im gerichtlichen Wege während derselben dreißig Tage vorzubringen [11]).

Uebrigens können wir nicht unbemerkt lassen: das Gesetz hat dadurch, daß es die sonst geltenden Grundsätze bei öffentlich versicherten Forderungen etwas abänderte, und die Einrede des nicht empfangenen Geldes der Zeit nach beschränkte, und die Art sie zu wahren in einem Betracht formell näher bestimmte, die Ausnahmen, in welchen die Einrede sonst wegfällt, nicht aufgehoben.

Wer daher die Schuld nach geschehener Verschreibung auf irgend eine Weise anerkannte, der hat, wie sonst [12]) so auch bei einer öffentlich versicherten Forderung die Einrede verloren.

---

10) l. 7. C. eod.

11) Die sonst bekannte Protestation hingegen kann natürlich nur dann wirken, wenn sie in Form einer Verwahrung in das Unterpfandsbuch eingetragen wird.

12) l. 4. C. eod.

Das ist bei öffentlich versicherten Forderungen namentlich wichtig, weil gerade die Verpfändung, je nach dem sie geschieht, ein wiederholtes Anerkennen des schon vorher als empfangen Bekannten enthalten könnte.

IV.) Allgemeine Bestimmung.

Art. 89.

Gegen den Nachtheil, welcher aus der Versäumniß des Berechtigten entsteht, findet, selbst unter Voraussetzung der allgemeinen Bedingungen, Wieder-Einsetzung in den vorigen Stand nicht Statt; es wäre denn, daß der Gläubiger das nicht vorgemerkte Recht gekannt hätte, oder daß derselbe, der Wiedereinsetzung ungeachtet, dennoch befriedigt werden könnte.

1) Zu vorstehendem Artikel gab die mit der Prüfung des Gesetzes-Entwurfs beauftragte, ständische Commission Veranlassung. Denn sie trug darauf an, es solle keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen versäumte Vormerkungen gegeben werden; ausser wo „der Gläubiger das vorgemerkte Recht kannte, oder ungeachtet dieser Einsetzung doch befriedigt werden kann.“ Die Stände machten diesen Antrag zu dem ihrigen, und die Regierung stimmte damit überein [1]).

Kein Berechtigter erhält also Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, selbst wenn die Voraussetzungen dazu nach allgemeinen Grundsätzen sonst vorhanden wären. Nur zwei Umstände kennt das Gesetz, welche die Wiedereinsetzung zu begründen vermögen:

a) Das Wissen des Berechtigten um das dritte, nicht vorgemerkte Recht. Denn dieses Wissen macht die

1) Ständ. Verhandl. l. c. 2e Abthlg. S. 292. 384. u. 436.

dessen ungeachtet vorgegangene Erwerbung eines Rechts zu einer dolosen. Der Berechtigte wußte, daß der, von dem er erwarb, das Recht entweder gar nicht, oder doch nicht in der Art, wie er es erwarb, übertragen, und daß er es nicht erwerben konnte und durfte.

b) Die sonst mögliche Befriedigung des Berechtigten. Es dünkte dem Gesetzgeber hart, den Berechtigten auch da zu vernachtheiligen, wo der Gläubiger keinen Schaden darunter litte, und der Zweck der gesetzlichen Bestimmung, Sicherheit und Schutz desselben, ohnedieß erreicht wird.

2) Die vorstehenden zwei Gründe bedürfen keiner Concurrenz von andern, sonst anerkannten Restitutions-Gründen. Bei dem ersten ist das an sich klar, da er ein dolоses Verfahren des Pfand-Gläubigers voraussetzt, und Dolus durch sich selbst schon, nach allgemeinen in unserm Civilrecht anerkannten Grundsätzen, einen Grund zur Wiedereinsetzung bildet.

Aber auch bei dem zweiten müssen wir derselben Meinung zugethan seyn; schon darum, weil er neben dem ersten ohne ein Zeichen der Verschiedenheit aufgeführt, und mit demselben auf gleiche Linie gestellt wird. Sodann ließe es sich nicht erklären, wozu man noch eines andern Grundes bedürfen soll, da der angeführte zur Wiedereinsetzung um so eher hinreichen kann, als die ganze gesetzliche Anordnung auf die Sicherheit des Gläubigers abzielt, welche, so er sonst befriedigt werden kann, ohnedieß vorhanden ist, und man zu der Vernachtheiligung eines dritten Berechtigten keine Zuflucht nehmen darf.

Zwar sagt das Gesetz: „es finde, selbst unter Voraussetzung der allgemeinen Bedingungen, keine Wiedereinsetzung Statt, es wäre denn ꝛc.“ Allein daraus läßt sich nicht folgern, daß die allgemeinen Voraussetzungen auf jeden Fall, und neben ihnen noch einer der zwei andern Gründe vorhanden seyn müsse. Denn das Gesetz sagt eigentlich, es finde keine Wiedereinsetzung, ausser wegen zweier Gründe, Statt; ohne diese Gründe aber nicht

einmal bei dem Daseyn sonst geltender, allgemeiner Bedingungen. Zudem haben wir schon angeführt, daß der erste gesetzliche Grund, der Dolus, selbst ein allgemeiner Grund zur Wiedereinsetzung ist; es könnte demnach nicht sinnvoll klingen, wenn man neben diesem allgemeinen Grund noch einen andern allgemeinen fordern wollte.

3) Demzufolge haben weder der Eigenthümer, noch ein anderer dinglich Berechtigter, welche ihre verschiedenartigen Rechte in die öffentlichen Bücher nicht eintragen ließen oder wahrten, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen eine vorgenommene Verpfändung zur Erhaltung ihrer Ansprüche zu hoffen, ausser der Pfand-Gläubiger hätte das von ihnen angesprochene Recht gekannt, oder könnte sonst befriedigt werden.

Eben so wenig hat derjenige, welcher ein persönliches auf Erwerbung oder Wiedererlangung einer Sache gehendes, streitiges Recht zu wahren unterließ, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu hoffen, es müßte denn der Gläubiger das zu wahrende persönliche Recht gekannt haben, oder sonst befriedigt werden können.

Indessen erhält derjenige, welcher seinen Pfandrechts-Titel vorzumerken versäumte, nach der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes diese Gunst nicht *).

Allenthalben übrigens, wo dritte Berechtigte wieder in den vorigen Stand gesetzt werden sollen, da müssen sie nothwendig dem Gläubiger gegenüber stehen. Würde dieser seine versicherte Forderung cedirt oder verpfändet haben, so könnte gegen den Cessionar und Faustpfand-Gläubiger eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand selbst alsdann nicht angesprochen werden, wo sie gegen den ursprünglichen Gläubiger Statt gefunden hätte **).

Doch ist zu bemerken, daß sie gegen den Cessionar und Faustpfand-Gläubiger nur auf den Fall nicht Statt finde, wenn sie gegen den ursprünglichen Gläubiger aus dem

*) Art. 81.

**) Art. 72.

Grunde seines Wissens Statt gefunden hätte. Abgesehen davon, daß das Gesetz ausdrücklich sagt: „welche der Vorgänger wegen eigener Wissenschaft gegen sich anerkennen müßte;“ so müßte die Wiedereinsetzung, wenn sie deßhalb begründet ist, weil der Gläubiger dennoch befriedigt werden kann, dem Geiste des nur Sicherheit bezweckenden Gesetzes auch gegen den Cessionar eintreten, der ja eben so gut, wie sein Vorgänger, nach der Voraussetzung, befriedigt wird.

4) Indessen werden der Cessionar und Faustpfand-Gläubiger selbst im ersten Fall blos unter der Bedingung gegen eine Restitution geschützt, daß sie, „mit lästigem Titel und in gutem Glauben“ erwarben. Würden sie, vermöge einer causa lucrativa, oder mit Kenntniß des fremden, nicht eingetragenen Rechts, also nicht in gutem Glauben erworben haben, so könnte auch gegen sie eine Wiedereinsetzung mit Erfolg verlangt werden können.

Dabei ist es denn bemerkenswerth, daß sie der Restitution unterliegen, wenn gleich ihr Vorgänger das Recht nicht gekannt hätte, und er nicht unterlegen wäre, wofern nur sie im bösen Glauben erwarben. Denn der böse Glaube ist einmal gültiger Grund zur Wiedereinsetzung, und muß, wie gegen den ursprünglichen Gläubiger, so gegen die von ihm durch Cession oder Pfand Erwebenden analog angewendet werden, es wäre denn, daß sie wegen ihres bösen Glaubens gegen den gut gläubigen Vorgänger einen Regreß*) aus dem entwehrten Pfandrecht hätten. Denn, da hier die Wiedereinsetzung auf ihm lasten würde, er aber keinen Grund dazu gab, so müssen auch sie dagegen geschützt seyn.

---

*) Sie haben aber, den Grundsätzen der Eviction analog, den Regreß, wenn sie sich ihn ausdrücklich versprechen ließen (l. 7. C. 3. 38. l. 27. C. 8. 45.)

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Mayer, Marum Samuel,

Commentar des neuen würtembergischen Pfand-Gesetzes in zwei Theilen

Bd.: 1

Stuttgart (1825)
J.germ. 126 s-1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10552008-0